Detis.
43-2

J. B. Geiger

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36604284500011

<36604284500011

Bayer. Staatsbibliothek

Merkwürdige
Rechtsfälle
und
Abhandlungen
aus
allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit mit
beygefügten Urtheilen und Gutachten der
Erlangischen Juristenfacultät

von

Johann Burkhard Geiger
und
Christian Friedrich Glück
Hofräthen und öffentlichen ordentlichen Rechtslehrern auf der
Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität.

Zweyter Band.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm. 1794.

78. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische

Inhalt.

XVI. Rechtliches Gutachten, daß die Erbeinsetzung eines Kindes, welche unter einer Casualbedingung geschehen, nach dem neuern römischen Rechte nicht schlechthin für ungültig zu halten sey? Glück. Seite 1.

XVII. Ist ein Vermächtniß, welches dem Legatar auf den Todesfall des instituirten Miterben hinterlassen worden ist, als bedingt anzusehen? und was hat es für Wirkung, wenn dieser Miterbe vor dem Testirer verstirbt? Glück. S. 24.

XVIII. Derjenige, welcher in der erstern Instanz den Proceß verlohren, und daher in die gesammten Kosten des Rechtsstreits verurtheilt worden, ist auch die Kosten der zweyten Instanz zu tragen schuldig, wenn er gleich in einem Nebenpunct obgesiegt hätte. Glück. S. 35

XIX. Beantwortung der Frage: ob das Capitel eines Collegiatstifts, während der Erledigung des päbstlichen Stuhls, einen Probst wählen darf, dessen Stelle jederzeit von dem römischen Hofe besetzt worden ist? Geiger. S. 38.

XX. Ein Rechtsfall, betreffend die Frage: ob der Lehenherr befugt sey, den Vasallen anzuhalten, daß er in das Lehensverzeichniß alle die Stücke bringe, welche dieser in einem Proceß mit den Allodialerben als Lehen angegeben hat? Geiger. S. 55.

XXI. Von dem Unterschiede zwischen Näherrecht und Wiederkauf. Ein Beytrag zur Berichtigung des gewöhnlichen Begriffs vom Näher- und Vorkaufsrecht. Glück. S. 71.

XXII. Ist bey gerichtlicher Ausfertigung einer Schuld- und Pfandverschreibung eine Untersuchung der Richtigkeit des Anlehens auf Seiten der Obrigkeit dergestalt erforderlich, daß wenn, durch Unterlassung derselben, Gelegenheit, einen Betrug zu begehen, gegeben worden, der Regreß gegen dieselbe statt finde? Durch einen merkwürdigen Rechtsfall erörtert. Glück. S. 78.

XXIII. Rechtliches Gutachten, vorzüglich über die Frage: ob zur Gültigkeit eines in einer unmittelbaren Reichsadelichen Familie errichteten Fideicommisses die Kaiserliche und der Lehenhöfe Bestätigung erforderlich sey? und ob die Nachkommen die von ihren Voreltern in einem Nothfall veräußerten Fideicommißgüter gleichwohl zurückzufordern befugt seyn? Geiger. S. 101.

XXIV. Inwiefern kann eine Geschwächte, die zu gleicher Zeit mit mehreren sich vergangen hat, die Ernährung ihres Kindes von sämmtlichen Stupratoren verlangen? Geiger. S. 136.

XXV. Bey Eheberedungen ist die zur völligen Beerbung bedungene Jahresfrist nicht von Zeit der Errichtung derselben, sondern vom Tage der Hochzeit anzurechnen. Glück. S. 146.

XXVI. Ist der Trassat, wenn ihm der Secunda- vor dem Prima-Wechselbrief präsentirt, jener auch von ihm acceptiret worden, dennoch mit der Auszahlung bis nach völligem Ablauf der Respittage anzustehen, und auf etwanigen Eingang des Prima-Wechsels zu warten verbunden? Glück. S. 152.

XXVII. Ueber die Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag, insonderheit wenn solcher die Aufhebung eines öffentlich geschlossenen Kaufs betrift. Glück. S. 159.

XXVIII. Rechtliche Entscheidung der Frage, ob eine Dorfs- und Gemeindherrschaft in Franken befugt sey, die Freyheit der in dem Orte befindlichen Hausbesitzer, sonderlich wenn sie einer fremden Herrschaft unterworfen sind, dergestalt einzuschränken, daß sie nur eine bestimmte Anzahl von Miethleuten aufnehmen dürfen? Geiger. S. 168.

XXIX. Ob ein Rabbiner das Recht habe, Vormünder zu bestellen, Inventuren und Theilungen vorzunehmen, und über Erbschaftsstreitigkeiten zu erkennen? erläutert durch einen Fall von Hildesheim. Geiger. S. 182.

XXX. Inwiefern ist eine Veränderung des bisherigen Wohnungsortes, der entgegengesetzten Erklärung ungeachtet, aus Handlungen zu schließen? Glück. S. 204.

XXXI. Erörterung der Frage: ob bey einer geschehenen Schätzung der Dotalgüter einer Ehefrau im Zweifel anzunehmen sey, daß selbige des Verkaufs wegen, oder nur Anschlagsweise geschehen sey? Glück. S. 213.

XXXII. Das zu unerlaubten und abergläubischen Handlungen hergegebene Geld kann nicht zurückgefordert werden, sondern ist dem Fiscus verfallen, wenn der Betrüger solches zu erstatten im Stande ist. Geiger. S. 242.

XXXIII. Von der Verbindlichkeit des Unternehmers eines Bergbaues, dem Eigenthümer der Grundstücke den verursachten Schaden zu ersetzen, besonders nach Brandenburg-Culmbachischen Berggesetzen. Geiger. S. 247.

An-

Anzeige

der in diesem zweyten Bande erläuterten Gesetzstellen.

I.

Aus dem römischen Rechte.

L. 11. §. 4. D. de interrogat. in iure fac. p. 161.
L. 5. D. locat. cond. — p. 231. sqq.
L. 32. D. de pact. dotal. — p. 225. not. 33.
L. 50. D. solut. matrim. — ibid.
L. 12. §. 1. D. de legat. II. p. 31.
L. 29. §. 1. et 2. D. de legat. II. pag. 29. not. 3.
L. 79. §. 1. D. de condit. et demonstrat. p. 30.
L. 32. Cod. de inoff. testam. — pag. 13.
L. 36. §. 1. Cod. eod. — p. 14. sq.
L. 5. Cod. de fruct. et lit. expens. p. 56.
L. 5. Cod. de iure dot. — p. 236. sq.
L. 10. Cod. eod. p. 238. sq.
L. 21. Cod. de iure dot. p. 225.
L. 30. C. de iure dot. p. 214. not. 2.
L. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. ibid.
Nov. CXV. cap. 3. — pag. 17. sq.

II.

Aus dem canonischen Rechte.

Cap. 35. X. de praeb. in 6to. pag. 50.

Cap. 13. Extravag. comm. de praeb. et dign. p. 49.

III.

Aus den teutschen Reichsgrundgesetzen.

Conc. Nat. Germ. p. 201. — p. 40.

Wahlkapitulat. K. Josephs II. Art. 1. §. 9. — p. 113.

— — — — — Art. XI. §. 2. — ibid.

Bayerische Staatsbibliothek München

XVI.

Rechtliches Gutachten *).

Die Erbeinsetzung eines Kindes, welche unter einer Casualbedingung geschehen, ist nach dem neueren römischen Rechte nicht schlechthin für ungültig zu halten.

§. 1.

Johann Heinrich Finster, Nachrichter zu Hof, heyrathete im Jahr 1784. des nun verstorbenen Nachrichters Philipp Christoph Fuchs Tochter, Christiana Margaretha. Daß diese Ehe nicht gegen den Willen des letztern geschlossen worden, erhellet aus einem Schreiben desselben an das Hochpreisl. Consistorium zu Baireuth vom 4ten März 1784, welches folgendermaßen lautet: daß die Trauung mit meiner Tochter Christiana und dem Finster geschehen mag, bescheinige andurch in Gottes Namen. Es zeugt auch die nach vollzogener Ehe zwischen dem Vater und den Finsteri-

*) An den Herrn Advocat Schroen zu Hof.

sterischen Eheleuten gewechselte Correspondenz, und die nach dem Inhalt derselben einander gegenseitig gemachten Geschenke von einem so guten Vernehmen, wie es nur immer zwischen Eltern und Kindern statt finden kann. Dessen ungeachtet fand sich dennoch nach dem Tode des alten Fuchs ein gerichtlich hinterlegtes Testament desselben d. d. Baireuth den 7ten May 1788. worinn folgende Disposition enthalten ist:

„VI) Meine Tochter, Christina Margaretha betreffend, die den Johann Heinrich Finster zu Hof geheyrathet hat, aber nicht mit meinem Consens, und auf solche Art, wie sie es gemacht haben, welche dato noch keine Leibeserben gezeugt hat, wenn sie aber noch einen Leibeserben bey meiner Lebenszeit zeugte, so soll sie, wie meine andern Kinder, gleich erben. Wenn sie aber keinen Leibeserben zeugt, so soll weder ihr, noch ihrem Manne ihr zukommender Erbantheil in ihre Hände gegeben werden, sondern von meinen drey Töchtern, Maria Barbara, Catharina Margaretha, und Anna Catharina an einen sichern Ort geliehen, und die Interessen alle viertel - oder halbe Jahr ihr richtig gegeben werden. Wenn sie aber nach Gottes Willen vor ihrem Manne stürbe, so soll dieser ihr ganzer Erbantheil auf meine drey Töchter, namentlich Maria Barbara, Catharina Margaretha und Anna Catharina, oder ihren Kindern heimfallen. Wenn aber ihr Mann Finster vor ihr stürbe, so muß man ihr sogleich diesen ihren ganzen Erbantheil wiedergeben und einhändigen.“

So wenig diese väterliche Disposition theils mit der Aeusserung, die der Testirer dem Hochpreißl. Consistorium zu Baireuth oben angeführter Maaßen schriftlich bezeugt hatte, theils mit den Gesinnungen desselben, die er seinen Kindern, den Finsterischen Eheleuten, nach dem Inhalt der an sie erlassenen Schreiben zu erkennen gegeben, übereinstimmt; so leicht war es zu vermuthen, daß jener nachtheilige Artikel des väterlichen Testaments bloß durch Verhetzung und Zudringlichkeit der übrigen Töchter des Testirers veranlaßt worden sey. Es wurde daher gefragt, ob nicht das Testament des verstorbenen Nachrichters Fuchs von den Finsterischen Eheleuten mit Beyfall der Rechte angefochten werden könne, und was deßfalls für eine Klage anzustellen sey?

§. 2.

Nun ist zwar so viel ausser allem Zweifel, daß die den Finsterischen Eheleuten zum Nachtheil gereichende Disposition des Fuchsischen Testaments den Rechten nach nicht bestehen kann. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist ein jeder Vater seinen rechtmäßigen Kindern wenigstens den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig, welcher, wenn der Kinder fünf, oder, wie im gegenwärtigen Falle, noch mehrere sind, die Hälfte des Intestaterbantheils eines jeden Kindes beträgt [1]. Es darf auch dieser Pflichttheil auf keine Weise beschweret und verkümmert werden. Geschieht es, daß Bedingungen, Zeitbestimmungen, oder ein Fideikommiß,

1) Nov. XVIII. cap. I.

oder sonstiger Aufenthalt und Lasten demselben beygefügt worden, so soll nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze solches alles nicht gelten, und eben so angesehen werden, als ob es gar nicht beygefügt, sondern der Pflichttheil ohne Bedingung, Zeit, Fideikommiß, und übrige Beschwerde hinterlassen wäre, folglich derselbe ungehindert und unbelästiget abgeliefert werden [a]). Eben so gewiß ist es, daß der Pflichttheil aus der Substanz des Vermögens selbst verlassen werden muß. Denn er ist ein durch die Gesetze gegebener Erbtheil, der mit den sämmtlichen Theilen der Verlassenschaft in einer verhältnißmäßigen Verbindung steht, und sich nach der Proportion seines Betrags auf alle Stücke des Nachlasses erstreckt. Mithin können dieser Allgemeinheit seines Einflusses und Wirkungskraft von dem Testirer keine Schranken gesetzt werden. Es ist demnach für ein unstreitiges Gravamen des Pflichttheils anzusehen, zu dessen Anerkennung der Testirer den Notherben auf keine Weise zwingen kann, wenn demselben statt des Pflichttheils nur gewisse Renten oder Zinsen angewiesen worden sind, die ihm von dem eingesetzten Erben zu gewissen Zeiten abgegeben werden sollen. Nicht nur die Gesetze [3]) bestätigen dieses deutlich, nach welchen, was nicht unbedingt und geradezu vom Erblasser, und aus der Substanz seines Vermögens herfließt, gar nicht zum

a) L. 32. Cod. de inoffic. testam. Sam. STRYK Diss. de gravamine legitimae. Cap. II.

3) L. 36. princ. Cod. de inoffic. testam.

zum Pflichttheil gerechnet werden soll; sondern es sind auch die Rechtsgelehrten hierin mit einander vollkommen einverstanden. Denn so sagt Stryk 4): Filii debent habere legitimam *ex bonis et substantia patris defuncti*, et ita in rebus hereditariis. Gravatur itaque legitima, *si illa relinquitur in fructibus aut pensionibus*. Nec illi fructus in legitimam citra gravamen iustum imputari possunt. Eben so Westenberg 5): Non potest portio legitima relinqui in fructibus, aut nuda proprietate; *ex rebus enim substantiae paternae praestanda est*. Mit diesen stimmen auch mehrere andere überein 6). So wie nun aber der Pflichttheil, als eine aus dem Gesetz herrührende Schuld, den Notherben, denen er gebührt, auf keine Weise, und durch keinerley Art der Disposition entzogen, oder geschmälert werden darf, wenn keine rechtmäßige Enterbungsursache vorhanden ist; so schreiben überdem die Gesetze noch ausdrücklich vor, daß dieser Pflichttheil anders nicht, als unter dem Titel eines Erben, verlassen werden solle 7). Ist dieses nicht geschehen, so kann durch kein Vermächtniß, durch keine Schenkung dieser Mangel ersetzt werden, sondern es ist nun eben so gut, als wären diejenigen, denen der

4) In Tract. de cautelis testamentorum Cap. XVIII. membr. 2. §. 28.

5) In Dissertationib. de portione legitima liberis, parentibus et fratribus relinquenda Diss. IV. Cap. II. §. 5.

6) WERNHER in Observat. for. T. I. P. I. Obs. 185. HELLFELD in iurisprud. for. T. I. §. 548. Westphal in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten. §. 398. b. S. 294.

7) Nov. CXV. cap. 3. et 5.

Pflichttheil gebührt, enterbt oder präterirt worden. Sancimus igitur, sagt Kr. Justinian 8), non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel caeteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, *nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem:* nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Eben dieses bestätiget auch die beystimmende Meinung vieler berühmter Rechtsgelehrten 9).

§. 3.

Daß nun diesen ganz unstreitigen Rechtsgrundsätzen die Disposition des Fuchsischen Testaments offenbar zuwider laufe, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen. Denn erstlich hat der Testirer seine Tochter, die verehlichte Finsterin, nur überhaupt unter einer Casualbedingung, wenn sie nämlich noch einen Leibeserben bey seiner Lebenszeit zeugte, zur Miterbin ernannt; und zweitens auf den nun eingetretenen entgegen gesetzten Fall, da sie bey des Testirers Leben keinen Leibeserben bekommen wird, ihr nur die Zinsen ihres Erb-

8) Cit. Nov. CXV. cap. 3.

9) COCCEJI in iure civ. controv. Tom. I. lib. V. Tit. II. Qu. 26. Jo. Frid. WAHL in Diss. de iusta liberos heredes instituendi forma. Goetting. 1751. §. 18. Pet. de TOULLIEU in Diss. de portione legitima titulo institutionis relinquenda; (in EJUS Collectan. iuris civ. Diss. IX.) WALCH Introduct. in controv. iur. Sect. II. Cap. IV. Membr. II. §. 7. und Westphal in der angef. Theorie §. 547. S. 415.

Erbantheils vermacht, welche ihr alle viertel- oder halbe Jahr von den übrigen Geschwistern ausbezahlt werden sollen, mit der ausdrücklichen Verfügung, daß diesen letztern nach der Finsterin Tode das Capital verbleiben solle. Daß hierdurch zugleich ihr Erbtheil mit einem Fideikommiß beschweret worden, ist offenbar. Nur in dem Falle, da derselben Ehemann vor ihr verstürbe, soll ihr ihr ganzer Erbtheil sogleich ausgehändiget werden. Da also nach dieser väterlichen Disposition die Finsterin auch nicht einmahl ihren Pflichttheil unbeschweret erhält, der ihr doch als Tochter und Notherbin nach den Gesetzen aus der Substanz des väterlichen Vermögens frey, unbeschweret und unverkümmert hätte verlassen werden müssen, ihr auch die Zinsen ihres Erbtheils nach Maaßgabe der vorausgeschickten Rechtsprinzipien auf den Pflichttheil keineswegs angerechnet werden können, so ist gewiß, daß sie nicht schuldig sey, sich eine ihr so nachtheilige Verordnung des väterlichen Testaments gefallen zu lassen.

§. 4.

Es kommt also nur noch auf die Hauptfrage an, ob deßhalb das väterliche Testament als nichtig oder pflichtwidrig angefochten werden könne? Nun dürfte es zwar nicht an Gründen fehlen, aus welchen diese Frage bejahet werden möchte. Denn

a) verordnen die Gesetze ganz ausdrücklich, daß Kinder, unter einer Casualbedingung, die nicht von ihrer Macht und Willen abhängt, nicht zu Erben ein-

eingesetzt werden sollen [10]. Und wenn gleich diese Gesetze nur von Söhnen reden, bey Töchtern aber der wichtige Unterschied war, daß, wenn diese auch noch unter väterlicher Gewalt standen, dennoch die Ernennung derselben unter einer Casualbedingung das väterliche Testament nicht ungültig machte [11]; zudem auch bey Söhnen, wenn die Einsetzung derselben unter einer Casualbedingung geschehen, das Testament alsdann gültig war, wenn dieselben auf den Fall, da die Bedingung nicht zur Wirklichkeit kommen sollte, ausdrücklich enterbt worden [12], so ist doch eines Theils jener Unterschied zwischen Söhnen und Töchtern in Ansehung der Enterbung durch das neuere römische Recht völlig aufgehoben worden [13], daher auch nun Töchter nicht mehr unter einer Casualbedingung zu Erben

10) L. 28. pr. D. de liber. et posthum hered. instit. L. 4. pr. L. 86. pr. D. de hered. instit. L. 28. D. condit. institution. L. 83. D. de condit. et demonstrat. L. 4. Cod. de institut. et substit. S. Jos. FINESTRES Commentar. ad Tit. Pandectar. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. P. III. Cap. 2. (in Ejus Praelect. Cervariensibus. Cervariae Lacetanor. 1750. 4. pag 73. sqq.)

11) L. 7. Cod. de Instit. et substitut. FINESTRES cit. loc. §. 20. p. 85. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 444.

12) Westphal im angef. Buche §. 411.

13) §. 5. J. de exheredat. liberor. L. 4. Cod. de lib. praeterit. Car. Cristph. HOFACKER Diff. sistens historiam iuris civ. de exheredatione et praeteritione. Tubingae 1782. §. 18.

den ernannt werden können 14); andern Theils aber kann heutiges Tages die unter einer solchen Bedingung geschehene Einsetzung auch nicht einmahl alsdann für gültig gehalten werden, wenn gleich derselben auf den entgegen stehenden Fall ausdrücklich die Enterbung beygefügt worden, indem nach den schon oben (§. 2.) angeführten Worten der CXV. Novelle cap. 3. den Eltern nicht erlaubt seyn soll, ihre Kinder zu enterben, ausser wenn letztere solches durch groben Undank verdient haben, und zu dem Ende eine gesetzmäßige Enterbungsursache im Testamente ausdrücklich angegeben worden ist, deren Wahrheit der Testamentserbe rechtlich erweisen kann. Aus diesem Grunde behaupten daher viele Rechtsgelehrte, daß ein Testament nach heutigem Rechte ungültig sey, in welchem die Kinder unter einer Casualbedingung sind eingesetzt worden, wenn es dem Vater an einer rechtmäßigen Ursache fehlte, sie auf den entgegen gesetzten Fall zu enterben 15). Nun ist aber

14) FINESTRES cit. loc. §. 20. Westphal im angef. Buche §. 542.

15) Christ. THOMASIUS in Diss. de filio sub conditione, si se filium probaverit, herede instituto. Lipsiae 1686. §. 41. LAUTERBACH in Colleg. Theor. pract. Pandectar. P. II. Lib. XXVIII. Tit. VII. §. 4. MANZIUS de testamento valido et invalido Tit. VII. Qu. V. n. 38. et 43. ZOESIUS in Commentar. ad Digesta Lib. XVIII. Tit. II. §. 11. Sam. de COCCEII in Jure civ. controv. P. II. Lib. XXVIII. Tit. VII. Qu. 1. VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Tit. de liberis et posthumis §. 8. Philibert. BRUSSEL de conditionibus

b) aus dem Fuchsischen Testamente nicht zu ersehen, daß der Testirer eine rechtmäßige Ursache gehabt habe, seine Tochter zu enterben. Er führt zwar in seinem Testamente an, daß sie ihren Ehemann, den Nachrichter Finster zu Hof, ohne seinen Consens geheyrathet habe. Allein es ist theils dieses Vorgeben dem oben (§. 1.) angeführten Schreiben des Testirers ganz entgegen, wodurch derselbe dem Consistorium zu Baireuth erklärt hat, daß er mit der Heyrath seiner Tochter und dem Nachrichter Finster zufrieden sey; theils ist auch nicht jede wider den Willen der Eltern von Kindern eingegangene Ehe für eine rechtmäßige Ursache der Enterbung zu halten, sondern es kommt darauf an, ob die Tochter einen Mann genommen, der den Eltern zur Schande gereicht, oder nicht. Nur im erstern Falle kann sie mit Beystimmung der Rechte enterbt werden, zumahl wenn ihr die Eltern eine bessere Parthie angeboten, die Tochter aber solche ausgeschlagen hätte [16]. Im letztern Falle aber keinesweges [17]. Daß nun aber der erste Fall hier nicht vorhanden sey, bedarf wohl keines Beweises.

§. 5.

bus (Bruxeliae 1659. 8.) Lib. III. Tit. V. pag. 427. sq. Jo. Just. RAVENSBERG in Opusc. de conditionibus conventionum et ultimar. voluntatum Cap II. §. 20. sqq. Mich. Godofr. WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. P. II. lib. XXVIII. Tit. VII. §. 12. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. membr. II. §. 10. u. a. m.

16) Arg. Nov. CXV. cap. 3. §. 11.

17) Man vergleiche Frid. Aug. Wilh. de WITZENDORF Diss. de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias con-

§. 5.

Ausserdem scheint es noch dem Testamente des verstorbenen Nachrichters Fuchs überhaupt an den Erfordernissen eines gültigen Testaments zu mangeln. Denn 1) gehört doch zur Gültigkeit eines väterlichen Testaments, daß die Kinder darin entweder zu Erben eingesetzt, oder mit Anführung einer rechtmäßigen Ursache enterbt werden müssen [18]. Nun scheint weder das eine noch das andere in dem Fuchsischen Testamente auf die gehörige Art geschehen zu seyn. 2) Ist ein nicht ungegründeter Verdacht vorhanden, daß der Testirer, als ein alter schwacher Greis, durch Verhetzung und Zudringen der übrigen Töchter, die um denselben beständig gewesen sind, zu der für die Finsterin so nachtheiligen Disposition sey beredet und verleitet, mithin demselben keine Freyheit des Willens, ohne welche doch kein gültiges Testament bestehen kann, gelassen worden sey. Denn aus den Briefen des verstorbenen Testirers an seinen Schwiegersohn Finster erhellet, daß er keinen Haß wider ihn gehabt, vielmehr demselben überall mit väterlicher Liebe begegnet sey. Und wenn gleich

contrahentium. (Goetting. 1757.) §. VII. Not. 1. Heislers Abh. Sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt. Halle 1779. §. 4. ff. FINESTRES cit. Commentar. P. IV. c. III. §. 23. sqq. WALCH Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. II. cap. 4. membr. 2. §. 14. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 565. S. 427.

18) §. 7. J. de exheredat. liberor. Nov. CXV. cap. 3. princ.

gleich freilich jederzeit die Vermuthung für die Freyheit des Willens auf Seiten des Testirers ist, so schließt doch dieselbe den Gegenbeweis nicht aus, welcher in dergleichen Fällen mit Zulassung der Gesetze auch durch die Eidesdelation geführt werden kann [19].

§. 6.

Allein dessen allen ungeachtet scheinen doch noch erheblichere Gründe übrig zu seyn, warum in dem vorliegenden Falle das Fuchsische Testament weder als nichtig noch als pflichtwidrig angefochten werden kann. Denn

1) muß vor allen Dingen bemerkt werden, daß die oben in den Zweifelsgründen sub a. angeführten Grundsätze des ältern römischen Rechts durch das neuere Justinianeische Recht eine sehr wichtige Veränderung erlitten haben, in welchem ganz deutlich verordnet worden, daß keine Bedingung, unter welcher Kinder und andere Pflichttheilsberechtigte zu Erben ernennet worden sind, die Erbeinsetzung ferner ungültig machen, sondern nur, in soferne sie den Pflichttheil betrifft, so wie eine jede andere demselben aufgelegte Beschwerde, als nicht beygefügt angesehen wer-

1) L. 3. §. 1. L. 11. §. 3. D. iureiur. cap. 36. X. eod. Joh. Frid DEINLIN Diss. de licita iurisiurandi iudicialis delatione super facto illicito et speciatim libertatem testandi impediente Altorf. 1739. HOMMEL Rhapsod. quaestion. For. Vol. II. Obs. 262. REINHARTH in select. Observ. ad CHRISTINAEI Decision. Vol. III. Obs. 3. HELLFELD in iurisprud. for. T. II. §. 1405. fin.

werden soll [20]. Es wird kein Unterschied in Ansehung der Art der Bedingung gemacht, es muß also diese Verordnung des neuern römischen Rechts auch bey einer Casualbedingung um so mehr ihre Anwendung finden, da das Gesetz in den Worten: Si *conditionibus quibusdam* — eorum iura, qui ad memoratam de inofficioso testamento actionem vocantur, imminuta esse videantur, ganz deutlich von allen Arten der Bedingungen redet. Die Absicht des Gesetzgebers: ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, läßt uns noch weniger daran zweifeln, denn diese gehet nach Maßgabe der angeführten Worte unstreitig dahin, daß das Testament in dem Falle, wo es sonst wegen einer Pflichttheilsbeschwerung als ungültig angefochten werden konnte, bey seiner Gültigkeit erhalten werden soll [21].

§. 7.

So wie nun also nach dem neuern römischen Rechte ein Testament, worin eine pflichttheilsberechtigte Person unter einer Casualbedingung zum Erben ernannt worden ist, nicht weiter als ungültig angefochten werden kann; so ist insonderheit

2) in den Gesetzen ausdrücklich verordnet worden, daß wenn Kinder mit einem Fideikommiß in Ansehung

20) L. 32. Cod. de inoff. testam.

21) Guil. Ranchinus in variis Lectionibus Lib. III. cap. 7. (in Schminckii Syntagm. critico varior. auctor. pag. 79.) Westphal in dem angef. Buche §. 404. S. 300.

setzung ihres Erbtheils beschweret worden sind, deßhalb keine querela inofficiosi gegen das väterliche Testament statt finden solle [22]), indem vielmehr in einem solchen Falle den Kindern nur das Recht zustehet, den ihnen gebührenden Pflichttheil sogleich aus der Substanz der fideikommissarischen Erbgüter abzuziehen oder abzufordern [23]), welches Justinian hernach durch eine neuere Verordnung auch sogar auf den Fall ausgedehnet hat, da der Vater eine fremde Person in seinem Testamente zum Erben ernennt, und derselben auferlegt hat, die Erbschaft entweder nach ihrem Tode, oder nach einer sonst bestimmten Zeit seinem, des Testirers, Kinde sodann zu überlassen. In welchem Falle das Testament weder als nichtig noch als pflichtwidrig bestritten, sondern dem Kinde, ohne den Todesfall des fiduciarischen Erben oder die Anfallszeit des Fideikommisses abwarten zu dürfen, sein Pflichttheil sogleich nach des Vaters Tode ganz frey verabfolgt, das übrige Vermögen aber erst zu der Zeit restituirt werden soll, da es der Testirer verordnet hat [24]).

§. 8.

Da die Gesetze in den angeführten Fällen den Pflichttheil der Kinder von dem übrigen Vermögen des Te-

22) L. 12. Cod. de inoff. testam.

23) L. 6. Cod. ad SCtum Trebell. Go. Lud. BOEHMER in Diss. de liberis fideicommisso oneratis §. 9.

24) L. 36. §. 1. Cod. de inoff. testam.

Testirers genau unterscheiden, wenn gleich beydes unter einer und eben derselben Verordnung des Testaments begriffen ist, so ist nicht zu zweifeln, daß auch in Ansehung einer unter einer Casualbedingung geschehenen Erbeinsetzung eines Kindes der nämliche Unterschied gemacht werden müsse. Wenn demnach gleich jede Bedingung, insofern sie den Pflichttheil selbst betrifft, für ungültig und als nicht beygefügt anzusehen ist, wodurch desselben Auszahlung nach des Erblassers Tode nicht einen Augenblick aufgehalten werden kann; so läßt sich doch hieraus zu Folge der angeführten deutlichen Gesetze eine Ungültigkeit der Erbeinsetzung um so weniger herleiten, da den Kindern ausser ihrem Pflichtstheile nichts gebührt, mithin dieselben in Ansehung des übrigen Vermögens der Eltern jede Beschwerde, sie bestehe in einer Bedingung, oder in einem Fideikommiß, oder in einer Zeitbestimmung sich gefallen lassen müssen, ohne aus diesem Grunde das väterliche Testament als pflichtwidrig bestreiten zu dürfen.

§. 9.

Nicht nur die Nov. XVIII. Cap. 1. in fin. bestätigt dieses ausdrücklich, sondern auch die neuern Rechtsgelehrten [25] **sind hierin größtentheils mit einander einverstanden. Insonderheit aber verdienen hier die Worte**

25) Man vergleiche Ern. Christ. WESTPHAL in Diss. de conditione potestativa institutioni liberorum adiecta. (Halae 1758.) §. 10. et 16. Ebenderselbe in der Theorie des R. R. von Testamenten §. 404. S. 300. SCHAUMBURG in Com-

te eines sehr angesehenen Rechtsgelehrten über den Gebrauch der vorgetragenen Lehrsätze einen Platz, ich meine den Johann Schilter [26]), welcher sagt: Plane per aliam JUSTINIANI constitutionem L. 32. Cod. de inoff. testam. apparet, institutionem conditionalem non tantum sui heredis, sed cuiuscunque, cui legitima debetur, amisisse naturam pristinam, et ipsa institutio pro pura, quantum ad legitimae quantitatem, habetur, adiectaque conditio tollitur ipso iure, velut gravamen legitimae: igitur sub conditione institutus filius, filia, nepos, et emancipati etiam liberi, nec non parentes etc. possunt statim ex testamento adire hereditatem, non impleta aut exspectata conditinne, quippe lege sublata, sed tantum quoad legitimam: quodsi ultra ex hereditate quid petunt, exceptione existentis conditionis repelluntur, prout in simili declarat suam constitutionem Imperator L. 36. §. 1. Cod. eod. Ibi: reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.

§. 10.

Hiergegen ist auch

3) nicht mit Grunde zu behaupten, als ob die Verordnungen der L. 32. und 36. Cod. de inoff. testam. durch

Compend. iuris Digestor. Lib. XXVIII. Tit. VII. §. 7. BOEHMER Introduct. in ius Digestor. eod. Libr. et Tit. §. 12. HELLFELD in Jurisprud. for. Tom. II. §. 1461.

26) In Praxi iuris Rom. in foro German. Exercit. XXXIIX. §. 99.

durch die Novell. CXV. cap. 3. wieder aufgehoben worden. Denn nicht zu gedenken, daß von einer solchen Abänderung in den Eingangsworten des angeführten Kap. 3. nicht das mindeste erwähnt ist, da doch Justinian nach seiner bekannten Gewohnheit nie ein neues Recht einführt, ohne des ältern, so er dadurch aufheben wollen, vorher gedacht zu haben [27]; auch überdem gar nicht zu vermuthen ist, daß dieser Kaiser stillschweigend zwey so wichtige Verordnungen habe aufheben wollen, deren Hauptendzweck ist, die Testamente der verstorbenen Erblasser gegen alle Anfechtung von Seiten der Nichtigkeit oder Pflichtwidrigkeit zu schützen, denen sie ehedem ausgesetzt waren [28]; so gieng die Hauptabsicht des Kaisers bey der angeführten Nov. CXV. cap. 3. nur dahin, die Enterbungsursachen, welche vor seinen Zeiten ungewiß und meist der Willkühr der Centumviralrichter überlassen waren, zu berichtigen, und dieselben durch ein immerwährendes

27) Arn. VINNIUS selectar. iuris quaestion. Lib. II. Cap. 20. pag. 485. et cap 21. pag. 490. Abr. WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. pag. 254. Jos. Lud. Ern. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. sing. Cap. VII. pag. 62.

28) Selbst Phil. BRÜSSEL de conditionibus Lib. III. Tit. 5. pag. 429. kann dieses nicht läugnen. Nam illud, quod IUSTINIANUS constituit, dieß sind seine Worte, conditiones de legitima reiici, in filiorum prorsus favorem esse, apud me non omnino certum est: quin magis in parentum favorem id factum videtur, ne testamenta eorum subvertantur.

des Gesetz zur Gewißheit zu bringen[29]). Es kann demnach dieses Gesetz auf die vorhergehenden LL. 52. und 56. Cod. de inoff. testam. da in denselben von keiner Enterbung, sondern nur von einer der Erbeinsetzung der Notherben beygefügten Beschwerde einer Bedingung oder eines Fideikommisses die Rede ist, eben so wenig gezogen, als in dem vorliegenden Falle solches zur Anwendung gebracht werden, indem sich bey näherer Betrachtung des Fuchsischen Testaments sehr deutlich ergiebt, daß der Testirer seine Tochter, die verehlichte Finsterin, zwar in Ansehung ihres Erbtheils sehr belästiget, aber keineswegs enterbt habe, wie nicht nur daraus zu ersehen ist, daß ihr nach dem §. 6. des Testaments ihr ganzer Erbtheil auf den Fall, da ihr Mann, Finster vor ihr stürbe, sogleich wiedergegeben und eingehändiget werden soll; sondern auch eben dieselbe in dem §. 7. des gedachten Testaments unter den vier Töchtern des Testirers ausdrücklich genannt ist, von denen jede nach seinem Absterben aus seiner Verlassenschaft und ganzem Vermögen 800 Rthlr. oder 1200 Fl. rhein. als Heyrathsgut oder Mitgabe vorwegnehmen soll.

§. 11.

Der Hauptgrund, aus welchem die oben (§. 4. Not. 15.) angeführten Rechtsgelehrten in der Meinung

29) S. Car. Christoph. HOFACKER Diss. sist. historiam iuris civ. de exheredatione et praeteritione ad interpretat. Nov. CXV. §. 21.

nung stehen, daß eine unter einer Casualbedingung geschehene Erbeinsetzung eines Pflichttheilsberechtigten das Testament nichtig mache, ist, weil der unter einer solchen Bedingung eingesetzte Notherbe auf den entgegen gesetzten Fall für präterirt zu halten sey, die Präterition der Notherben aber, welche ohne eine rechtmäßige Ursache geschehen, nach ausdrücklicher Vorschrift der angeführten Nov. CXV. cap. 3. durchaus nicht gestattet werden solle. Allein da in dem gegenwärtigen Falle der Testirer seine Tochter nicht schlechthin unter einer Casualbedingung instituirt, sondern zugleich, auf den entgegen gesezten Fall, seinen Willen, wie es mit dem ihr gebührenden Erbtheil gehalten werden soll, dahin erklärt hat, daß sie, so lange derselben Ehemann Finster lebt, nur die Zinnsen davon haben, falls sie aber denselben überleben würde, ihr sodann der ganze Erbtheil noch ausgeliefert werden solle: so kann, da dieselbe auf den Fall der nicht eingetretenen Bedingung keineswegs präterirt worden ist, nicht einmal behauptet werden, daß die Meinung jener Rechtsgelehrten hier entgegen stehe. Und da sich ferner mit dieser Verfügung des Testirers der rechtliche Begriff einer Enterbung nicht vereinigen läßt, so kann auch dasjenige, was in den Zweifelsgründen §. 4. sub b. von einer vermeintlichen Enterbungsursache wegen einer von des Testirers Tochter gegen desselben Willen eingegangenen Ehe angeführet worden, nur allenfalls zum Beweis gebraucht werden, daß der Testirer auf keine Weise be-

rechtiget gewesen sey, den Pflichttheil seiner Tochter zu belästigen.

§. 12.

Es sind auch endlich

4) die (§. 5.) von dem Mangel der zur Gültigkeit eines Testaments nöthigen Erfordernisse hergenommenen Gründe nicht von solchem Gewichte, um deshalb die Gültigkeit des Testaments mit rechtlichem Bestande bestreiten zu können. Denn so fehlt es ad 1) dem Testament keinesweges an einer Erbeinsetzung. Ist nun gleich die Erbeinsetzung in Ansehung der mehrgedachten Finsterin unter einer Casualbedingung geschehen, so ist doch bereits erwiesen worden, daß hieraus nach dem neuern römischen Rechte keine Ungültigkeit des Testaments entstehe. Und da aus demjenigen, was im vorhergehenden §. ausgeführet worden, zur Genüge erhellet, daß der Testirer seine Tochter zu enterben nicht gemeinet gewesen, so kann auch die Frage nicht entstehen, ob dabey die in der Nov. CXV. vorgeschriebene Form gehörigermaßen beobachtet worden sey, oder nicht. Nächstdem erlediget sich ad 2) der geschöpfte Verdacht einer arglistigen und zudringlichen Beredung des Testirers, und der daraus hergeleitete Mangel eines freyen Willens theils dadurch, daß derselbe im Eingange seines Testaments das Gegentheil ausdrücklich erklärt, wie er nämlich zur Errichtung seiner Disposition weder beredet noch gezwungen, sondern bloß

aus

aus freyem Willen und nothdringenden Umständen seiner sechs Kinder dazu bestimmt worden sey; theils daß der Testirer noch drey Jahre nach Errichtung seines Testaments gelebt hat, mithin, da ein lezter Wille zu aller Zeit von dem Testirer geändert werden kann, derselbe ohne allem Zweifel gar leicht Gelegenheit gehabt haben würde, dasselbe wieder aufzuheben, wenn solches nicht seine freye und wohlüberlegte Willenserklärung enthalten hätte. Hierzu kommt, daß die nach den oben angeführten Gesetzen zugelassene Eidesdelation über schuldgegebenes betrügerisches Zureden, Verhetzung oder ungestümes Zudringen jederzeit voraussezt, daß erhebliche Anzeigen wider denjenigen vorhanden sind, der desselben beschuldiget wird [30]. Es müßten demnach erst solche specielle Thatumstände angeführt werden, woraus sich Verhetzung, Betrug oder Zudringlichkeit auf Seiten der übrigen Miterben veroffenbaren, dergleichen aber in der specie facti nicht zu befinden sind; und dann käme es doch noch immer darauf an, ob nicht diejenigen Geschwister, denen der Vorwurf einer arglistigen und zudringlichen Beredung des Testirers gemacht wird, den ihnen darüber zugeschobenen Eid abschwören würden und abschwören könnten. Denn auch ohne dergleichen Beschuldigung annehmen zu müssen, bleibt immer noch der mögliche Fall übrig, daß eine ge-

30) LEYSER in Meditat. ad Pandect. specim. CCCLXXV. med. 36. HELLFELD in iurisprud. for. T. II. §. 1405. in fin.

geheime Abneigung des Testirers gegen seinen Schwiegersohn, welche, aller scheinbar geäusserten Freundschaft ungeachtet, in dem Herzen des Testirers unauslöschlich gewesen zu seyn scheinet, die Feder desselben bey der Errichtung seines letztern Willens geleitet haben könne. Es muß doch in irgend etwas seinen Grund haben, warum der Testirer §. VI. seines Testaments sagt, daß die Finsterischen Eheleute sich auf eine solche Art geheyrathet, mit der er nicht zufrieden gewesen. Hat nun gleich der Testirer seine Einwilligung in ihre Ehe hernach dem Consistorium noch schriftlich erklärt, so zeugt doch auch selbst die Art, wie sich der Vater ausgedrückt hat (§. 1.), nicht undeutlich von einem gewissen Unwillen, wodurch also gar leicht eine solche Abneigung gegen dieses Ehepaar entstanden seyn kann, welche die für sie nachtheilige Disposition verursacht hat.

§. 13.

Aus diesen Gründen war demnach die hiesige Juristenfacultät mit mir der Meinung:

Daß das Testament des verstorbenen Nachrichters, Philipp Christoph Fuchs, von desselben Tochter, Christiana Margaretha, verehelichten Finsterin, wegen der ihr nachtheiligen Disposition des §. VI. weder als ungültig, noch als pflichtwidrig angefochten werden könne, sondern nur die Bedingung, unter welcher sie zur Erbin ernannt worden ist, soweit dadurch zugleich ihr Pflichttheil beschweret worden, für nicht beygefügt

fügt zu halten sey; in Ansehung ihres übrigen Erbtheils aber sich dieselbe der Verordnung des Testaments, zu Folge deren sie nämlich, so lange ihr Ehemann lebt, nur die Zinnsen davon geniesen, der Erbtheil selbst aber ihr erst auf den Fall, wenn sie ihren Ehemann überlebt haben wird, ganz ausgeliefert werden soll, dahingegen, wenn sie vor ihrem Mann verstürbe, dieser ihr Erbtheil, der nämlich nach Abzug des ihr aus der Verlassenschaft ihres Vaters gebührenden Pflichttheils übrig bleibt, den andern drey Töchtern des Testirers zufallen soll, billig unterwerffen müsse. Sollte daher dieselbe gegen die übrigen Geschwister deshalb zu klagen genöthiget seyn, so könne nur die Erbsonderungsklage (*actio familiae herciscundae*) gegen dieselben, als Miterben, angestellet werden. Es dürfe jedoch das Gesuch dieser Klage sofort auf die Theilung der väterlichen Verlassenschaft, ohne des Pflichttheils Erwähnung zu thun, gerichtet, und hernach, wenn die Beklagten der Klage *exceptionem testamenti* entgegen setzen sollten, in der Replic erst ausgeführet werden, daß aus den von uns angeführten Gründen die väterliche Disposition, so weit dieselbe der Klägerin Pflichttheil beschwert, den Rechten nach nicht bestehen könne.

XVII.

Ist ein Vermächtniß, welches dem Legatar auf den Todesfall des instituirten Miterben hinterlassen worden ist, als bedingt anzusehen? und was hat es für Wirkung, wenn dieser Miterbe vor dem Testirer verstirbt?

§. 1.

Karl Ulrich Jellis und dessen zweite Ehefrau Ancke errichteten miteinander unterm 30. Sept. 1767. zu Jever ein gegenseitiges Testament, worin ersterer, mit seinen sämtlichen Descendenten, die bey seinem Absterben vorhanden seyn würden, auch seine gedachte Ehefrau zu Erben einsezte. In Ansehung dieser leztern verordnete der Testirer noch insonderheit:

„Daß dasjenige Landgut, welches er jezt selbst bewohne, mit allen Zubehörungen, Wohnhaus und annexis seiner Ehefrau Zeit ihres Lebens, und so lange sie seine Wittwe bleibe, zum ungestörten Nießbrauch und willkührlicher Verabnuzung verbleiben, nach deren Tode aber dieses Landgut ungesäumt taxirt, und nach Abzug der auf ihr Begräbniß verwandten Kosten ein Drittheil des reinen überschiessenden Taxati seinen gegenwärtigen Stiefkindern, Hago Gerhard Kunzenbach und Folckum Elisabeth, des Peter Heeren Tochter, jezt ver-

verehelichten Garvis, erbeigenthümlich anheim fallen solle, als welches er diesen Kindern, oder deren etwaigen Erben, nach dem Repräsentationsrecht als ein Vermächtniß zueigne und assignire."

Beyde Eheleute starben im Februar 1780, und zwar die Ehefrau den 19. der Ehemann den 24. gedachten Monats.

§. 2.

Erst im Jahr 1788 meldeten sich die im Testament genannten Legatarien mit ihrer Forderung aus dem Jellischen Testament, und übergaben unterm 19. Nov. gedachten Jahres beym Landgericht der Herrschaft Jever eine Klage wider des Testirers Töchter und Enkel, als eingesezte Erben, und baten zu erkennen,

daß die Beklagten nach vorgängiger Taxation des vom Karl Ulrich Jellis herrührenden Landguts sammt Zubehörungen den ihnen daran vermachten dritten Theil nebst Zinsen des Verzugs und erhobenen Nutzungen an die Kläger ordnungsmäsig auszuzahlen schuldig.

§. 3.

Die Beklagten sezten den Klägern die Einrede der unstatthaften Klage entgegen, und führten an: daß der Testirer den Klägern bloß in Rücksicht seiner zur Erbin eingesezten Ehefrau, und in der Voraussetzung,

daß diese ihn überleben werde, das eingeklagte Vermächtniß hinterlassen habe, dieses daher als bedingt anzusehen sey, und mithin bey nicht existirender Bedingung, indem der Testirer seine Ehefrau fünf Tage überlebt habe, wegfallen müsse.

§. 4.

Die Kläger replicirten, daß dieser Grund, aus welchem die Beklagten die Klage für unstatthaft halten wollten, von geringer Erheblichkeit sey. Denn wenn auch zugegeben werden kann, daß der Testirer die Kläger in Rücksicht seiner Ehefrau bedacht haben könne, auch daß er in seiner Disposition den Fall angenommen habe, daß seine Ehefrau ihn überleben werde, so blieb doch jene erste Rücksicht, seine Stiefkinder aus Achtung für seine Ehefrau mit einem Legat zu honoriren, eben sowohl, wenn jene vor, als wenn sie nach ihm verstarb, und die Voraussetzung, daß sie nach ihm sterben würde, war keineswegs eine Bedingung, von welcher die Leistung des Legats abhängen sollte. Hätte sie ihn überlebt, so würde sie freylich, so lange sie den Witwenstuhl nicht verrückt hätte, den Nießbrauch des von dem Testirer bewohnten Landgutes gehabt haben, und alsdann wäre erst nach geendigtem diesen Nießbrauch der Fall der Auszahlung dieses Vermächtnisses eingetreten. Nun sie ihn aber nicht überlebte, fiel der Nießbrauch weg, und die Kläger waren gleich nach dem Tode des Testirers das Vermächtniß zu fordern

dern berechtiget. Denn dieses war ex die certo ratione quaestionis; an, et incerto ratione quaestionis: quando relictum, und der dies bezog sich nicht auf die Legatarien, sondern auf eine dritte Person, nämlich die Ehefrau des Testirers. Hätte nun der Testirer die Kläger nur bloß für ihre Person als Legatarien bedacht, so wäre freylich das Vermächtniß insofern als bedingt anzusehen gewesen, als es sodann darauf angekommen seyn würde, ob die Legatarien ihre Mutter überlebt haben würden [1]. Allein da der Testirer auch der Kläger ihre Leibeserben substituirte, so kam es hier nicht einmal darauf an, ob die Kläger selbst den Tod ihrer Mutter erlebten.

§. 5.

Ganz in Gemäßheit dieser Grundsätze sprach die Juristen-Facultät zu Kiel im Jahr 1791 für die Kläger, und verurtheilte nicht nur die Beklagten zur Auszahlung des eingeklagten Vermächtnisses, nebst den Verzugszinsen seit dem Tode des Testirers zu fünf von Hundert, sondern auch zur Erstattung der gesammten Kosten dieses Rechtsstreites. Durch Einwendung des Rechtsmittels der Revision kamen die Acten an die hiesige Facultät, welche auch in der Hauptsache das Kielische Urtheil bestättigte, und nur in Ansehung des termini a quo der Leistung der Verzugszinsen anderer Meinung war.

§. 6.

1) L. 4. §. 1. D. quando dies legator.

§. 6.

Es kann freylich mit Grunde nicht behauptet werden, daß das in dem Jellischen Testamente den Klägern hinterlassene Vermächtniß als bedingt anzusehen, und durch den vor dem Testirer erfolgten Tod seiner Ehefrau hinfällig geworden sey, weil ja bekannten Rechten nach einer bedingten leztern Willensverordnung die Bedingung ausdrücklich beygefügt seyn muß, nam conditiones non ex testamento venientes, sed quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia [2]). Nun ist aber nirgends aus dem Testamente zu ersehen, daß der Testirer den Klägern das eingeklagte Vermächtniß nur auf den Fall habe hinterlassen wollen, wenn seine Frau ihn überleben werde, und gesezt auch, daß er sich diesen Fall vorgestellet haben sollte, so macht doch diese Voraussëtzung keine solche Bedingung aus, von welcher das Recht der Legatarien abhangen könnte, indem vielmehr das wider Vermuthen des Testirers vor ihm erfolgte Absterben seiner Ehegenossin keine andere rechtliche Folge haben kann, als daß der ihr von dem mehrgedachten Jellischen Landgute vermachte Nießbrauch nunmehr weggefallen, und derselbe nebst ihrem Erbtheil den übrigen Miterben, nämlich den Beklagten, zugewachsen ist, welche folglich nach bekannten Rechtsgrundsätzen das darauf haftende Legat auszuzahlen, ohne allem

2) L. 99. D. condit. et demonstrat. Westphals systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, I. Th. 7. Kap. §. 407.

lem Zweifel schuldig sind, cum portio vacans coheredibus accrescat cum suo onere [3]).

§. 7.

3) L. 16. §. 1. D. de legat. I. L. 77. §. 7. D. eodem II. L. un. §. 10. Cod. de caduc. tollend. Westphal im angef. Buche Kap. 12. §. 690. und Kap. 16. §. 1347. b. Ebenderselbe in Diss. de iure accrescendi inter coheredes. (Halae 1761.) Cap. I. §. 5. n. VI. Zwar scheint L. 29. §. 1. et 2. D. de Legat. II. das Gegentheil zu enthalten, wenn es daselbst heißt: Quod alicuius heredis nominatim fideicommittitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille extitisset heres. — Si filio heredi pars eius, a quo nominatim legatum est, accrescit: non praestabit legatum, quod iure antiquo capit. Allein diese Stelle beziehet sich auf das alte Recht vor dem Septimius Severus, da die stillschweigende Wiederholung der Vermächtnisse bey dem, der statt des ausfallenden Erben die Erbschaft oder vacante Erbportion erhielt, noch nicht eingeführt war, wie Thom. PAPILLONIUS in lib. de iure accrescendi, Tom. IV. Thes. iuris Rom. Ottonian. pag. 784. sq. und Westphal im angef. Buche §. 1347. b. bereits bemerkt haben. Die Worte iure antiquo zeigen dieses deutlich genug an, als welche sich auf das Recht beziehen, was vor der Lex Iulia et Papia Poppaea üblich gewesen. Vermöge dieses Gesetzes sollten die vacanten Erbportionen nicht dem Miterben, wie sonst, accresciren, sondern dem Fiscus anheimfallen. Eine Ausnahme war, wenn Kinder oder Eltern im Testamente zu Erben eingesetzt worden. S. Io. Gottl. HEINECCIUS in Comment. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 3. Diese Personen wurden nicht nur in Ansehung der ausfallenden Erbportion des andern Miterben dem Fiscus vorgezogen, sondern sie brauchten auch die darauf gelegten Vermächtnisse nicht auszuzahlen. HEINECCIUS cit. loc. §. 2. pag. 388. Caes. COSTA in var. Ambiguitat. iuris Lib. I. cap. 10. T. IV. Thes. Otton. pag. 1167. Allein alles dieses hat sich geändert nach der

Ver-

§. 7.

Wenn nun gleich sonst der Sterbetag des Erben eine ungewisse Zeit für den Legatar, und daher als Bedingung für ihn anzusehen ist 4): so ist doch dieses nur insoferne wahr, als der Legatar den Todestag des Erben erleben muß, und es ungewiß ist, ob er solchen erleben wird; dahingegen ist in Ansehung des Erben selbst, dessen Sterbetag dem Vermächtniß beygefügt worden, dieser nie eine ungewisse Zeit, welcher die Wirkung einer Bedingung hätte, weil es gewiß ist, daß der Erbe sterben wird. Papinian sagt dieses ausdrücklich *lib. I. Definitionum* 5): Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato, legatum sub conditione relictum est. Quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad

Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus, deren in der L. 74. D. de legat. I. und L. 61. §. 1. D. eod. II. Erwähnung geschieht. Jedoch meint Iul. PACIUS Ἐναντιοφανῶν s. Legum conciliatar. Centur. VI. Quaest. 14. pag. 434. sq. daß die L. 29. cit. auch füglich von einem solchen Falle verstanden werden könne, da der Testirer nur allein dem wegfallenden Erben namentlich auferlegt hat, das Legat auszuzahlen, und aus den Worten deutlich zu ersehen ist, daß er die Bedingung, wenn dieser Erbe werden wird, vorausgesetzt habe. So falle ebenfalls aller Widerspruch weg.

4) L. 1. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 75. D. eodem.

5) L. 79. §. 1. D. de condit. et demonstrat.

ad eum legatum perventurum. Hiermit stimmt auch Paulus überein, welcher *lib.* 2. *ad Vitellium* [6]) sagt: Quod ita legatum est: Heres, cum morietur, Lucio Titio dato decem, cum incerta die legatum est, ad heredem legatarii non pertinet, si vivo herede decesserit. Eben dieses bestätiget endlich auch Ulpian *lib.* *XIX. ad Sabinum* [7]) mit folgenden Worten: Si, cum heres morietur, legetur, conditionale legatum est, denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert [8]). Aus diesen deutlichen Gesetzstellen ergiebt sich nun von selbst, daß, wenn der Legatar den Todestag des Erben überlebt hat, diesem das Vermächtniß von dem Miterben auszuzahlen sey, wenn gleich der Erbe vor dem Testirer verstorben wäre, nicht zu gedenken, daß es in dem gegenwärtigen Falle, da der Testirer auch der Kläger Leibeserben substituirt hatte, nicht einmal darauf ankam, ob die Kläger den Tod ihrer Mutter selbst erlebten. Es kann daher um so weniger behauptet werden, daß das eingeklagte Vermächtniß durch den vor dem Testirer erfolgten Tod seiner Ehefrau aufgehoben worden sey, je bekannter es ist, daß überhaupt lezte Willensverordnungen, wenn der Testirer nicht deutlich eine Aenderung seines Willens zu erkennen gegeben, dergleichen doch in dem gegenwärtigen Falle nicht erwiesen werden können, im Zweifel so

6) L. 12. §. 1. D. de legat. II.

7) L. 4. pr. D. quando dies legator.

8) S. Westphal von Vermächtnissen Kap. 8. §. 584 ff.

so erklärt werden müssen, daß sie eher bey Kräften erhalten, als zernichtet werden 9); mithin, wenn über Vermächtnisse gestritten wird, diejenige Auslegung immer den Vorzug verdient, welche zum Vortheil des Legatars gereicht 10).

§. 8.

Aus diesen Gründen bestätigten wir also das Kielische Urtheil in der Hauptsache. Allein in Ansehung der zu vergütenden Zinsen des eingeklagten Vermächtnisses war unsere Facultät anderer Meinung. Denn da ein Testamentserbe erst nach angetretener Erbschaft und erlangter Wissenschaft von dem zu entrichtenden Vermächtniß zu dessen Abführung verbunden ist, sobald der Legatar solches fordert 11); so verstehet sichs von selbst, daß er die Zinsen desselben nicht schon von dem Todestage des Erblassers an schuldig seyn könne, weil ja die Zinsen nicht vermacht worden sind, dem Erben auch kein Verzug Schuld gegeben werden kann, so lange

9) L. 12. D. de reb. dub. HELLFELD in Iurisprud. for. Tom. II. §. 1559. in fin. HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. I. §. 229.

10) L. 13. D. de rebus dub. L. 12. et 168. §. 1. D. de Reg. iuris. L. 1. Cod. de legat. Man vergleiche auch diese Rechtsfälle I. Th. Nr. IX. §. 7. S. 163 folg.

11) L. 32. pr. D. de legat. II. L. 7. pr. D. quando dies legator. HELLFELD in iurisprud. for. Tom. II. §. 1526.

lange der Legatar das Vermächtniß nicht verlangt. Hierzu kommt, daß auch nach deutlicher Vorschrift der Gesetze der Verzug des Erben bey Auszahlung der Vermächtnisse, insofern derselbe nicht etwa schon vorher gemahnet worden, erst von Zeit der erhobenen Klage, und darauf erfolgten Litiscontestation an gerechnet wird [12]. Hieraus folgt natürlich, daß auch erst seit dieser Zeit die Zinsen zu erstatten sind. Nicht nur die deutlichsten Gesetze [13] bestätigen dieses, sondern es wird auch eben dieses von den angesehensten Rechtsgelehrten behauptet [14]. Zufolge dieser rechtlichen Grundsätze konnten also

12) L. 91. §. 7. D. de legat. I.

13) L. 1. Cod. de usur. et fructib. legator. Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est. L. 4. Cod. eodem. In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis, consequuntur, sive in rem sive in personam agatur.

14) Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XI. Err. 2. BACHOVIUS ad Treutlerum. Vol. II. Disput. 13. Th. 7. lit. H. CARPZOV in iurispr. for. P. II. Const. XXX. Definit. 20. n. 2. BERGER in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 29. Not. 6. BOEHMER in Consilt et Decis. T. II. P. I. Decis. LXXXVI. n. 39. REINHARTH in Observat. select. ad Christinaeum Vol. IV. Obs. 20. SCHORCH in Consil. Erford. Sentent. CL. n. 20. SCHAUMBURG in Compend. iur. Digestor. Lib. XXX. §. 12. WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. P. II. Lib. XXX. §. 18. pag. 793. Westphal in dem angef. Buche II. Th. Kap. 15. §. 1091 folg. Die Gründe der entgegengesetzten Meinung sind widerlegt in Io. Herm. LUIS Diss.

also in dem gegenwärtigen Falle den Klägern die Zinsen des Vermächtnisses nicht von dem Tode des Testirers, sondern erst von Zeit der erhobenen Klage an zuerkannt werden, da sie sich's allerdings selbst zuzuschreiben haben, daß sie ganzer neun Jahre stille gesessen, ohne ihr Vermächtniß abzufordern, und im Verweigerungsfalle ihr Recht geltend zu machen. Quam diu enim, schreibt Anton Faber [15]), non est agnitum legatum, non est in mala fide heres, qui rem legatam retinet, eiusque fructus percipit, cum in eo sit legatum, ut repudiari possit. Es wurde daher das vorige Kielische Erkenntniß mit der Erklärung bestätiget, daß die Beklagten den Klägern die Verzugszinsen des eingeklagten Vermächtnisses nicht von dem Tode des Testirers, sondern nur von Zeit der erhobenen Klage an zu bezahlen schuldig.

de natura legati generatim, et in specie, quo tempore debeantur fructus et usurae legati. Goettingae 1786. §. 15—21.

15) in Coniectur. iuris civil. Lib. VII. cap. 4. in fin.

XVIII.

XVIII.

Derjenige, welcher in der erstern Instanz den Proceß verlohren, und daher in die gesammten Kosten des Rechtsstreits verurtheilt worden, ist auch die Kosten der zweyten Instanz zu tragen schuldig, ob er gleich in einem Nebenpunct obgesiegt hätte.

§. 1.

Bey dem unter der vorigen Numer abgehandelten Rechtsfalle kam auch der Kostenpunct in vorzügliche Erwägung. Die Beklagten waren schon in dem Urtheile der erstern Instanz in die gesammten Kosten des Rechtsstreits verurtheilt worden. Auch in der zweyten Instanz hatten sie, der geschehenen Revision ungeachtet, in der Hauptsache den Proceß verlohren, nur in einem Nebenpunct hatten sie obgesiegt, wie aus §. 8. der vorigen Abhandlung zu ersehen ist. Es fragte sich also, ob nicht deßhalb wenigstens die Kosten dieser Instanz zu vergleichen gewesen? Die Beklagten glaubten zur Erstattung der Kosten überhaupt nicht verbunden zu seyn, da ihnen in keinem Betracht eine vorsetzliche Streitsucht zur Last falle, indem sie in einer wirklich zweifelhaften Sache blos ihr Recht wider ihre Gegner zu vertheidigen gesucht, und ihnen überdem, als Beklagten, favor iuris zu statten komme. Es schien also, daß sie nach

Vorschrift der L. 5. §. 1. Cod. de fruct. et litium expens. auf eine Compensation der Kosten mit Recht hätten Anspruch machen können.

§. 2.

Allein, genau erwogen, beruhet jener Rechtsstreit keinesweges auf solchen zweifelhaften Rechtsgründen, daß die Revidenten mit der Kostenerstattung zu verschonen gewesen wären. Denn streitige Rechtsfragen, welche nach Maßgabe der angeführten L. 5. Cod. de fruct. et lit. expens. eine Compensation der Kosten bewirken können, sind nur diejenigen, über deren Entscheidung unsere Gesetze entweder gar keine Auskunft geben, oder wenigstens so dunkel sich ausdrücken, daß man den wahren Sinn derselben mit Gewißheit nicht bestimmen kann, sondern nur bey der höchsten Wahrscheinlichkeit stehen bleiben muß [1]). Dieses kann nun aber wohl von dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht behauptet werden. Den Revidenten kann auch nicht zu statten kommen, daß das vorige Urtheil in einem Nebenpunct, nämlich in Ansehung der Verzugszinsen des geklagten Vermächtnisses, abgeändert worden ist. Denn einmal haben schon mehrere practische Rechtsgelehrten richtig bemerkt, daß derjenige, welcher in der Hauptsache

1) D. Jac. Fried. Ge. Emmrich über die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation. (Göttingen 1791. 8.) 2. Abschn. §. 49. S. 249 ff.

sache den Proceß verlohren hat, gar wohl in die Kosten verurtheilt werden könne, ob er gleich in einem oder dem andern Nebenpuncte obgesiegt hätte [2]. Zum andern aber, wenn auch Revidenten nur der Verzugszinsen wegen allein ein Rechtsmittel eingewendet hätten, so ist doch dieses lediglich als eine Folge ihres Verzugs anzusehen, dessen Schuld sie billig tragen müssen. Nam unicuique sua mora nocet [3]. Uebrigens kann favor reorum in keine Betrachtung kommen, wenn der Beklagte ohne Grund vor Gericht gestritten [4]. Daher keine Unbilligkeit darin zu finden seyn wird, wenn Revidenten sowohl in der erstern Instanz, die gesammten Kosten dieses Rechtsstreits zu erstatten, sind verurtheilt worden, als auch die Kosten der Revisionsinstanz allein haben tragen sollen.

2) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXXXVIII. medit. 4. MEVIUS in Decisionib. T. II. P. VII. Decis. 241. und P. VIII. Decis. 490. Weber über die Proceßkosten und deren Compensation §. 14.

3) L. 173. §. 2. D. de Reg. iuris.

4) L. 78. §. 2. D. de legat. II.

XIX.

Beantwortung der Frage: Ob das Capitel eines Collegiatstiftes, während der Erledigung des päbstlichen Stuhls, einen Probst wählen darf, dessen Stelle jederzeit von dem römischen Hofe besetzt worden ist?

§. 1.

Die Probstey der Collegiatkirche St. Victors zu Mainz, welche übrigens in einer blosen Dignität besteht, wird, dem Herkommen nach, von dem römischen Hofe besetzt. Als im Jahr 1774 der Probst, Freyherr von Frankenstein, mit Tode abgieng, war eben der päbstliche Stuhl erlediget. Das Capitel schritt, ungeachtet des Verbots seines Erzbischoffs, des Churfürsten von Mainz, zu einer neuen Wahl, setzte auch den von ihm erwählten Probst in wirklichen Besitz. Dahingegen ernannte der neuerwählte Pabst Pius VI. ebenfalls einen neuen Probst, und gründete sich auf die Concordaten mit der teutschen Nation. Bey dieser Gelegenheit wurde im Jahr 1775 über die vorstehende Frage ein Privatgutachten von mir verlangt.

§. 2.

Wenn zwischen dem römischen Hofe und teutschen Stiftern über die päbstlichen Reservationen Streitigkeiten

ten entstehen, so hat man zuförderst auf die besondern Verhältnisse eines jeden Stiftes mit dem Pabste zu sehen. Denn die vom Kaiser Friedrich III. mit dem römischen Stuhle errichteten Concordaten haben bekanntermassen in dem katholischen Teutschlande nicht überall gleiches Ansehen. Es kommt, was insbesondere die dem Pabst vorbehaltene Besetzung gewisser Stellen betrift, in den einzelnen Stiftern darauf an, ob und in wie ferne sie die Verordnungen der Concordaten hierin angenommen haben [1]). So findet die in denselben festgesetzte Abwechslung nach den Monaten, in Bamberg, Würzburg und noch in einigen andern Stiftern nicht statt [2]). Hiernächst haben einige ihre besondern Concordaten mit dem Pabste [3]). Allein in dem vorliegenden Falle war von besondern Concordaten mit dem Pabste nicht die Rede; sondern der Pabst selbst bezog sich blos auf die allgemeinen Concordaten. Eben diese Concordaten sind nun aber theils in der Gestalt eines Vertrags erschienen, theils sind sie der Bestätigungsbulle Nicolaus V. ein-

1) Links Comment. de Concordatis nationis Germanicae, Cap. 3. pag. 59.

2) Gregels diss. de iuribus nationi germanicae ex acceptatione decretorum Basileensium quaesitis per concordata Aschaffenburgensia modificatis aut stabilitis §. 28 sqq. Kochs comment. de collatione dignitatum ac beneficiorum ecclesiast. in imperio rom. germ. Sect. II. Cap. 3. §. 8.

3) Moser von Deutschland Kap. 10. §. 15.

verleibt. In dem Instrument der Concordaten, in so ferne sie in der Gestalt eines Vertrags vor Augen liegen, lautet die hieher gehörige Stelle in der Ausgabe, welche Hr. Koch [4] nach dem Wiener Original geliefert, und mit andern verglichen hat, also: De ceteris dignitatibus et beneficiis quibuscunque, secularibus et regularibus vacaturis, ultra reservationes iam dictas, maioribus dignitatibus post *Pontificales* in Cathedralibus et *principalibus in collegiatis* exceptis, de quibus iure ordinario provideatur per illos inferiores, ad quos alias pertinet; Idem Sanctissimus etc. Diese Stelle ist dem Pabst entgegen, indem sie deutlich verordnet, daß derselbe mit der Besetzung der Probsteyen in den Collegiatkirchen nichts zu thun haben soll. Denn, daß die Probstey einer Collegiatkirche unter die sogenannten dignitates principales gehöre, ist keinem Zweifel unterworfen [5]. Demungeachtet hat schon Aeneas Sylvius aus eben dieser Stelle beweisen wollen, daß die Probsteyen dem Pabst vorbehalten seyen [6]. In der Folge hat die Bestätigungsbulle noch mehr Gelegenheit an die Hand geben müssen, diese vermeintliche Reservation zu begründen. In dem Wie-

4) Sanctio pragmatica Germanorum illustrata S. 201 u. f. und mit den Interpunctionen S. 210 u. f.

5) Böhmers Ius Ecclesiast. Tom. II. Lib. III. Tit. V. §. 64. Carl Ferdinand Hommel de ecclesiarum cathedralium et collegiatarum capitulis §. 14.

6) Koch a. a. O. S. 223.

Wiener Original dieser Bulle 7) ist die Stelle so gefaßt: De ceteris vero dignitatibus et beneficiis quibuscunque fecularibus et regularibus vacaturis ultra reservationes praedictas maioribus dignitatibus post pontificales in cathedralibus et principalibus in collegiatis ecclesiis exceptis iure ordinario provideatur per illos inferiores, ad quos alias pertinet. Placet etc. Hier fehlen also hauptsächlich die Worte de quibus, und mit dem Wort placet fängt eine neue Periode an, wodurch der ganze Sinn entstellt wird. In dem ältesten Abdruck der Bestätigungsbulle 8) stehen zwar die Worte de quibus, aber mit placet fängt auch da eine neue Periode an. Noch beträchtlicher sind die Abweichungen der spatern Ausgaben. In einigen sind die wichtigen Worte: de quibus iure ordinario provideatur per illos inferiores, ad quos alias pertinet, ganz ausgelassen; in andern findet sich eine Parenthese, die mit dem Wort maioribus anfängt, aber statt mit dem Worte pertinet zu schließen, sich mit dem Worte exceptis endiget; in andern steht, statt provideatur — providetur, anderer Abänderungen zu geschweigen. Indessen bekommt in jedem Falle die Stelle eine ganz andere Wendung, und kann immer der Absicht des Pabstes gemäß ausgelegt werden 9). Der päbst-

7) Beym Koch S. 235 u. f.

8) Zu Rom 1491.

9) Analytica demonstratio ex litera et mente Concordatorum Germaniae, praeposituras, quae sunt in Germania, ma-

liche Hof hat daher auch vorzüglich unter dem Vorwande der Bestätigungsbulle [10]) von Zeit zu Zeit die Vergebung der Probsteyen an sich zu ziehen gesucht [11]), wiewohl nicht immer auf die nämliche Art, indem er bald behauptet, daß sie ihm allemal zustehe, bald seine Befugniß nur auf den Fall eingeschränkt, wenn diese Dignität in einem päbstlichen Monat erlediget wird. Es fehlt auch nicht an Lehrern des katholischen Kirchenrechts [12]), die den päbstlichen Anspruch theils schlechthin, theils unter gewissen Einschränkungen zu vertheidigen suchen.

§. 3.

Aber auch aus andern Gründen konnte es das Ansehen gewinnen, daß die von dem Capitel der Collegiatkirche zu St. Victor, während der päbstlichen Sedisvacanz

maiores post Pontificales in Cathedralibus et principales in Collegiatis ecclesiis dignitates, non esse sedi Apostolicae reservatas (Coloniae 1764.) Sect. II. §. 4 sqq. Gregels diss. §. 65.

10) Koch S. 241.

11) Brandens collectanea super Concordatis, S. 104. f. Observationes historico-iuridicae in Concordata nationis germanicae cum sede romana (1771) Obs. 20. not. q. Reussens Deductions- und Urkunden-Sammlung I. Th. Num. 1. S. 65. u. f.

12) Branden a. a. O. S. 76. u. f. Pichlers ius canonicum Lib. III. Tit. V. num. 68. Principia iuris publici ecclesiastici Catholicorum et statum Germaniae accommodata, Cap. 12. §. 3.

vacanz unternommene Wahl eines Probstes, eine unbefugte Handlung gewesen sey. Das Capitel gesteht unumwunden, daß der Pabst bisher, dem Herkommen gemäß, diese Stelle besetzt habe. Es ist also das Recht, solche zu vergeben, ein in dieser Kirche dem Pabst vorbehaltenes Recht. Nun soll sich aber der päbstlichen Reservatrechte niemand anmaßen, nach der Regel: beneficia semel reservata, semper sunt reservata [13]. Der Umstand, daß die Wahl eben zu der Zeit vorgenommen worden ist, wo der päbstliche Stuhl erlediget war, scheint in der Sache nichts zu ändern, weil nach dem Grundsatze Bonifaz VIII. [14]) der päbstliche Stuhl nie ausstirbt. Da nicht einmal das Domkapitel ein persönliches Recht des Bischoffs während der Sedisvacanz ausüben darf [15]), wie konnte sich das Capitel einer Collegiatkirche eines der Person des Pabstes zustehenden Rechtes anmaßen? Ferner ist in dem kanonischen Recht [16]) versehen, daß binnen der Zeit, als ein Bißthum erlediget ist, die der alleinigen Collation des Bischoffs unterworfene Beneficien, von dem Capitel nicht ver-

13) Joh. Georg Schlör diss. VII. ad Concord. Germ. §. 46.

14) Cap. 5. X. de rescript. in 6.

15) Böhmers Ius Eccles. Tom. II. Lib. III. Tit. 9. §. 27. Pfeffingers Vitriarius illustr. Vol. IV. pag. 357. sqq.

16) Cap. 2. X. ne sede vacante aliquid innovetur.

vergeben werden dürfen. Hieraus könnte man analogisch schließen, daß eben so wenig ein Capitel, während der päbstlichen Sedisvacanz, eine der alleinigen Collation des Pabstes überlassene Stelle besetzen darf. Hierzu kam weiter, daß der Erzbischoff dem ihm untergeordneten Capitel die Wahl ausdrücklich untersagt hatte. Nun kann aber gegen das Verbot des geistlichen Oberhaupts eine Wahl gültigerweise nicht unternommen werden 17). Endlich entsteht noch ein neuer Zweifel. Daferne man auch einräumt, daß eine bey einem Capitel dem Pabst vorbehaltene und während der päbstlichen Sedisvacanz eröffnete Stelle wieder vergeben werden kann, ohne die Wahl eines neuen Pabstes abzuwarten, so ist doch noch nicht entschieden, daß diese Wiederverleihung nothwendig dem Capitel zustehe. Es ist nämlich eine Streitfrage, wer ein in einem päbstlichen Monate erledigtes Canonicat, binnen der Zeit, als der päbstliche Stuhl unbesetzt ist, zu vergeben habe? Einige streiten zwar für das Capitel, andere aber für das Cardinalscollegium, und noch andere für den Erz- oder Bischoff, wenigstens wenn er mit einem Indult versehen ist 18). Der nämliche Zweifel möchte also auch bey einer Dignität, z. B. einer Probstey eintreten, die, wenn gleich

17) Cap. 60. X. de electione. Böhmers Ius Eccl. Tom. I. Lib. I. Tit. 6. §. 45.

18) Schenkl institut. iur. eccl. P. II. §. 539. not. **).

gleich nicht vermöge der allgemeinen Concordaten, doch Kraft eines alten Herkommens, der päbstlichen Verleihung vorbehalten ist, indem hier eben der Grund, wie bey den Canonicaten, eintritt [19].

§. 4.

Allein alle diese Gründe beweisen doch nicht, daß die von dem Capitel zu St. Victor vorgenommene Wahl unrechtmäßig war. Es leidet wohl keinen Zweifel, daß sich der Pabst auf die allgemeinen Concordaten mit Recht nicht gründen konnte. Die bereits angeführte Stelle derselben entscheidet ganz gegen ihn. Die sogenannten dignitates maiores et principales sind darin deutlich von der Abwechslung in den Monaten ausgenommen, aber nicht darum, weil sie dem Pabst vorbehalten worden, sondern weil sie von der freyen Wahl abhangen sollen [20]. Wäre die Absicht gewesen, sie dem Pabst vorzubehalten, so würde sicher nicht der Ausdruck exceptis, sondern reservatis gebraucht worden seyn [21]. Die Abweichungen der Bestätigungsbulle von dem Instrument des Vertrags, sie mögen gemacht worden seyn, von wem sie wollen, kommen in keine Betrachtung. Denn

19) Schlör diss. VIII. §. 29.

20) Koch a. a. O. S. 68.

21) Mich. Gottfr. Wernhers collatio canonicatuum maiorum, Sect. III. §. 28.

Denn da die Concordaten Verträge sind, so durfte sich Nicolaus V. nicht ermächtigen, in seiner Bestätigungsbulle einseitig Aenderungen darin zu machen [22]). Wenn daher zwischen dem Instrument der Concordaten und der Bestätigungsbulle ein Widerspruch entsteht, so behält jenes unstreitig den Vorzug, und man hat auf die Worte des Vertrags und nicht der Bulle zu sehen [23]). Ueberhaupt ist die Wahrheit, daß der Pabst durch die Concordaten nicht berechtiget worden, die sogenannten dignitates maiores in Domkirchen und die principales in Collegiatkirchen zu besetzen, schon von andern [24]) mit rechtlichen und historischen Gründen hinlänglich bewiesen worden,

22) Schlörs diss. I. ad Concord. Germ. Cap. 2. §. 1. 2. Hedderichs diss. ad Concordata Germaniae pag. 41.

23) Schenkl libr. cit. §. 531. Koch libr. cit. in praef. pag. 19. schreibt von der Bestätigungsbulle: Haud equidem abnuo, ipsum rimanti autographum, dubium quandoque videri, an ruditatem scriptoris, an occultas magis curialium artes miretur, quibus perplexus et fere inextricabilis redditur textus vagisque interpretationibus ansa praebetur. Quare et aequus quisque rerum index plane non vitio vertet Germanis, si in decidendis, quae ex concordato nascuntur, controversiis, ipsius pacti, Caesarem inter et legatum Pontificium initi, formulam, bullae Nicolai V, Pontificis praeferendum esse statuunt.

24) Analyt. demonstratio etc. Sect. III. IV. Schenkl l. c. §. 536. Schlörs diss. VIII. ad Conc. Germ. de praepositurís ab alternativa exceptis et sanctae sedi apostolicae non reservatis. Koch l. c. pag. 224. sq. Wernher l. c. §. 22. sqq.

den, und ich kann mich füglich darauf beziehen. Dieselbe bestätiget auch, der gegenseitigen Versuche des päbstlichen Hofes ungeachtet, das Herkommen jener Zeiten, die unmittelbar auf die errichteten Concordaten gefolgt sind [25]), und eben dadurch wird der wahre Sinn derselben desto mehr ins Licht gesetzt. Auch haben die Capitel größtentheils nicht unterlassen, sich durch Widersprüche zu verwahren, und Hülfe bey dem obersten Reichsrichter zu suchen, wenn der Pabst, so wie in andern, also auch in diesem Stück, gegen die Concordaten gehandelt hat [26]).

§. 5.

Eben so leicht lassen sich die übrigen Gründe, welche der Rechtmäßigkeit der Wahl des Capitels entgegen zu stehen scheinen, widerlegen. Alle päbstliche Provisionen

25) von Cramers Observation. iuris universi, Tom. IV. Obs. 1167. et 1227. Unter denen daselbst aus dem Joannis und Gudenus angeführten Beyspielen von den Mainzer Kirchen, finden sich vom Jahre 1559 zwey Beyspiele von eben dieser Collegiatkirche zu St. Victor, wo beydemal der Probst von dem Capitel gewählt worden ist. Hieraus folgt also, daß der Pabst erst nachher das Recht, diese Probstey zu vergeben, erworben haben muß.

26) Moser von der teutschen Religionsverfassung, 3. B. 3. Cap. §. 28. Wie es mit der Besetzung der Probsteyen und anderer Dignitäten in den teutschen Domkapiteln gehalten werde, lehrt Ditterichs ius publicum ecclesiasticum pag. 212. sqq.

sionen und Reservationen sind unstreitig den Rechten der ordentlichen Collatoren und dem Wahlrechte der Capitel nachtheilig. Sie laufen gegen die gemeinen Kirchenrechte und gehören also unter die Gegenstände, die auf das strengste erklärt werden müssen [27]. Selbst alsdenn, wenn die Reservationen in den Concordaten ihren Grund haben, wie hier nicht einmal der Fall ist, müssen auch diese immer zum Vortheil der Ordinarien und der Capitel erklärt werden [28], und es bleibt bey den gemeinen Rechten, wenn die ordentlichen Collatoren nicht eine ihnen zukommende Befugniß ausdrücklich dem Pabst überlassen haben [29]. Hieraus folgt also, daß die päbstlichen Reservationen lediglich auf die Art verstanden werden können, daß der Pabst eine ihm vorbehaltene Stelle nur unter der Voraussetzung besetzen darf, wenn solche während der päbstlichen Regierung erlediget wird. Hievon ist aber der Fall, wenn die Erledigung zur Zeit der päbstlichen Sedisvacanz geschieht, ganz verschieden. Soll eine der päbstlichen Collation unterworfene und während dieser Sedisvacanz erledigte Stelle so lange unbesetzt bleiben, bis wieder ein neuer Pabst

27) Cap. 16. X. de praebend. et dignitate in 6. Schenkl l. c. §. 531. J. H. Böhmers institutiones iuris canonici Lib. 3. tit. 7. 8. §. 12.

28) Barthel de Concordatis Germaniae diss. gener. Cap. 2. Sect. III. §. 7. 8. Opusc. Tom. II. Op. 3.

29) Schlörs diss. I. ad Conc. Germ. Cap. 4. §. 5.

Pabst gewählt worden ist, so muß entweder ein ausdrücklicher deutlich sprechender Vertrag hierüber vorhanden seyn, oder der päbstliche Hof muß, wegen dieses besondern Falles, ein unwidersprochenes Herkommen darthun können. Beydes fiel in dem vorliegenden Falle hinweg.

§. 6.

Selbst die Päbste haben von Zeit zu Zeit anerkannt, daß ihre Reservationen lediglich nur eintreten können, wenn die vorbehaltene Stelle bey Lebzeiten des Pabstes zur Erledigung kommt. Benedict der XII. schreibt in der bekannten Constitution ad regimen 30) von den seiner Disposition daselbst vorbehaltenen Beneficien, ordinationi, dispositioni et provisioni nostrae *(donec miserationis divinae clementia nos universalis ecclesiae regimini praesidere concesserit)* de ipsorum fratrum consilio, auctoritate apostolica reservamus etc. Er hat sich also selbst die reservirten Beneficien nur auf den Fall vorbehalten, wenn sie während seiner Regierung erlediget werden, aber nicht gewollt, daß diejenigen, welche während der päbstlichen Sedisvacanz eröffnet werden, so lange unvergeben bleiben sollen, bis der päbstliche Stuhl wieder besetzt werden wird. Bonifaz VIII. verord-

30) Cap. 13. Extrav. comm. de praebend. et dignit.

ordnet [31], si *apostolica sede vacante* aliquas parochiales ecclesias vacare de caetero contigerit apud ipsam, statuimus, ut de eis, (ne ipsarum vacatio diutina periculum valeat animabus inferre) per eos, ad quos pertinet, possit libere ordinari. Zwar redet diese Verordnung von Pfarrkirchen, die in Teutschland ohnehin der päbstlichen Reservation nicht unterworfen sind. Aber der von dem Wohl der Kirche hergenommene Grund ist so allgemein, daß er auch auf andere geistliche Aemter und Stellen wohl angewandt werden kann [32]. Denn bey jedem geistlichen Amt kann durch die Verzögerung in dessen Wiederbesetzung ein Nachtheil für die Kirche entstehen, da sich die Pabstwahl lang verziehen kann. Hiernächst verlieren selbst, nach den sogenannten Kanzleyregeln, die Reservationen durch den Tod des Pabstes ihre Kraft. Denn darinn nennt der Pabst ausdrücklich die reservationes *suo tempore duraturas* [33]. Die Regel, daß ein dem Pabst vorbehaltenes Beneficium ausser ihm niemand vergeben soll, ist nur unter der Voraussetzung wahr, wenn ein Pabst vorhanden ist, der solches vergeben kann. Hieraus folgt nicht, daß es auch zu der Zeit, wo kein Pabst vorhanden ist, niemand vergeben darf.

31) Cap. 35. X. de praebend. in 6.

32) Barthel l. c. Sect. II. §. 3.

33) Gregels progr. I. de iure beneficia reservata vi indulti conferendi §. 35.

darf. Sodann hört eine päbstliche Reservation eben um deswillen, weil sie ein persönliches Recht des Pabstes ist, mit dem Tode eines jeden Pabstes auf, und entsteht wieder mit der Wahl eines neuen, indem alle Reservationen, auch die in den Concordaten enthaltene, nach den Kanzleyregeln zu beurtheilen sind, deren Gültigkeit die Päbste selbst auf die Lebenszeit eines jeden Pabstes einschränken 34). Das Argument, daß ein Domkapitel ein persönliches Recht des Bischoffs, während der Sedisvacanz, nicht ausüben darf, findet hier keine Anwendung. Das Domkapitel ist der persönlichen Rechte des Bischoffs darum nicht fähig, weil sie auf dessen Person haften. Aber das Recht, Stellen in einem Kapitel zu vergeben, ist, seiner Natur nach, kein der Person des Pabstes anklebendes, sondern ein den ordentlichen Collatoren zustehendes Recht. Haben sich nun diese ihres Rechtes zum Vortheil eines jedesmaligen Pabstes begeben; so steht ihnen nichts im Wege, sich ihres ursprünglichen Rechtes zu bedienen, wenn derjenige nicht vorhanden ist, zu dessen Gunsten sie ihrem Rechte entsagt haben. Eben so wenig kann von dem Satz Gebrauch gemacht werden, daß, während der Erledigung eines Bißthums, das Kapitel, die der alleinigen Collation des Bischoffs unterworfene Beneficien nicht vergeben darf. Denn da ist nicht die Frage von

 Reser-

34) Ebend. §. 36.

Reservationen, nicht davon, daß das Kapitel zum Vortheil eines zeitigen Bischoffs sich eines ursprünglichen Rechts begeben hätte. Bey solchen Beneficien ist der Bischoff der alleinige Collator; sie gehören zu den bischöfflichen Gnadensachen, worein sich das Kapitel nicht zu mischen hat [35]. Auch kann das Verbot des unmittelbaren geistlichen Oberhaupts, wie hier des Erzbischoffs, eine Wahl nur in dem Falle ungültig machen, wenn es einen rechtlichen Grund hat, und nicht blos willführlich ist. Da nun aber, vermöge der vorliegenden Gründe, das Kapitel befugt war, während der päbstlichen Sedisvacanz, zur Wahl eines Probstes zu schreiten, so konnte der Erzbischoff, durch sein Verbot, das Kapitel nicht hindern, sich seines wohlerworbenen Rechtes zu bedienen.

§. 7.

Endlich steht auch nicht im Wege, daß die Frage, wem, binnen der Zeit, als der päbstliche Stuhl unbesetzt ist, die Vergebung eines in einem päbstlichen Monat erledigten Canonicats zustehe, annoch streitig ist. Denn auch diese Frage ist billig zum Vortheil der Kapitel zu entscheiden. Das Cardinalskollegium kann wohl am wenigsten Anspruch auf diese Besetzung machen, da ein blos der Person des Pabstes vorbehaltenes Recht an

35) Engels collegium universi iuris canonici Lib. III. Tit. 10. num. 4.

an dasselbe nicht übergeht. Ob sie dem Erz- oder Bischoff zukomme, ist in eben dem Jahre 1774, wo die Probstey zu St. Victor erledigt wurde, neuerdings zur Sprache gekommen, als der Churfürst von Mainz, während der päbstlichen Sedisvacanz, eine in dem päbstlichen Monat vacant gewordene Canonicalpräbende in dem Collegiatstift zu St. Stephan, ohne mit einem Indult versehen zu seyn, vergeben hat. Die damals vom Hrn. Geh. Justizr. Böhmer und den Juristenfakultäten zu Heidelberg und Trier eingeholte Gutachten sind insgesamt für die Kapitel ausgefallen [56]). Da das Kapitel bey Canonicaten der ordentliche Collator ist und bey eintretenden päbstlichen Reservationen sein Verleihungsrecht nur verhindert wird, hingegen so bald die Hinderniß durch den Tod eines jedesmaligen Pabstes gehoben wird, wieder auflebt, so ist die richtige Meinung unstreitig diese, daß die dem Pabste vorbehaltene und während der päbstlichen Sedisvacanz eröffnete Stellen, von dem Kapitel, als dem ordentlichen Collator, zu besetzen seyn [57]). Dieses ist auch, der päbstlichen Widersprüche ungeachtet, dem Herkommen gemäß [58]). Das nämliche muß bey Dignitäten, die von der Wahl der Kapitel abhängen, und wo solches also ebenfalls ordent-

 licher

56) Sie sind Hrn. Schlörs diss. VII. beigefügt.

57) Schlör diss. VII. §. 63. 70. Barthel l. c. Sect. II.

58) G. L. Böhmers principia iuris canonici §. 540.

licher Collator ist, statt finden. Selbst die oben angeführte Stelle der Concordaten redet den Kapiteln das Wort. Denn unter dem Ausdrucke, per illos inferiores, ad quos alias pertinet, werden offenbar die Kapitel verstanden [39]). Die päbstlichen einem Erz- oder Bischoffe verliehenen Indulte können hierin keine Aenderung machen, indem der Pabst Rechte, die er selbst nicht hat, niemand verleihen kann. Nun hören, nach dem deutlichen Inhalt der Kanzleyregeln, alle Reservationen mit seinem Tode auf. Giebt es also binnen der Zeit, wo kein Pabst vorhanden ist, keine Reservationen, so können sie auch an keinen Erz- oder Bischoff überlassen werden. Mithin muß nothwendig, in der Zwischenzeit von dem Tode des Pabstes an, bis zur neuen Publication der Kanzleyregeln, das Recht der ordentlichen Collatoren und also auch der Kapitel, die einem zeitigen Pabste vorbehaltenen Dignitäten und Canonicate zu vergeben, eintreten [40]).

39) Koch l. c. S. 223.

40) Gregel de iure beneficia vi indulti conferendi §. 35-38.

XX.

Ein Rechtsfall, betreffend die Frage: ob der Lehenherr befugt sey, den Vasallen anzuhalten, in das Lehensverzeichniß alle die Stücke zu bringen, welche dieser in einem Proceß mit den Allodialerben als Lehen angegeben hat?

§. 1.

Der Freyherr Georg Wolf von Crailsheim, Marggräflich Brandenburgischer Obervogt zu Anspach, besaß die Rittergüter Sommersdorf, Thann, Altenschornbach und Niederoberbach, welche resp. Eichstädtische, Würzburgische und Brandenburg-Onolzbachische Lehen sind. Weil er keine männliche Erben hatte, so verkaufte er im Jahre 1714 die mit diesen Lehen von jeher vermischt gewesenen Allodien, unter dem Vorwande dringender Schulden, an seinen Schwiegersohn, Georg Heinrich von Campo, angeblich um 40160 Gulden. Die Agnaten widersetzten sich dieser Veräußerung, weil sie ihren Familienverträgen entgegen war, und so entstund über deren Gültigkeit ein Proceß bey dem Kaiserl. Reichshofrath [1]). Bereits im J. 1717 verstarb der Herr Ober-

1) Die bey Gelegenheit dieses Processes gedruckten Schriften sind in der Deductions-Bibliothek von Teutschland II. B. S. 857. u. f. verzeichnet.

vogt von Crailsheim, und seine Agnaten setzten sich sogleich in den Besitz sowohl der Lehen, als des verkauften Eigenthums. Der Herr von Campo stellte nun die Spolienklage an, worauf der R. Hofrath dem fränkischen R. Ritterort Baunach die Commission ertheilte, den Besitzstand zu untersuchen, und nach Befinden den von Campo in die erkauften Güter cum omni caussa wieder einzusetzen, welche Wiedereinsetzung auch 1720 wirklich erfolgte. In dem Fortgange des Processes glückte es dem Hrn. v. Campo noch weiter, selbst verschiedene lehnbare Rechte und andere Lehensstücke, die er als Eigenthum in Anspruch genommen hat, an sich zu bringen, welches auch die Intervention des Fürstl. Eichstädtischen Lehenhofs, den die Freyherren von Crailsheim zum Beystand aufforderten, damals nicht hindern konnte. Aber im J. 1733 wurde eine anderweite Kaiserl. Commission, zur Sonderung des Lehens von dem Eigenthume, auf den Herrn Hoch- und Teutschmeister erkannt, bey welcher die Freyherren von Crailsheim ihre Lehenansprüche anbrachten und abermals von dem Fürstl. Eichstädtischen, zugleich auch dem Fürstl. Würzburgischen Lehenhof unterstützt wurden. Der v. Campo erschien zwar bey der Eröffuung der Commission, blieb aber hernach aus, und so ergieng gegen ihn, als den ungehorsamen Theil, unterm 5. Febr. 1739 ein Reichshofraths-Conclusum, worinn er verurtheilt wurde, größtentheils diejenigen Rechte, Unterthanen, Güter und Ge-

Gefälle, welche die Freyherren von Crailsheim, als Lehenstücke in Anspruch genommen haben, wieder abzutreten, die erhobenen und zu erheben gewesenen Früchte zu restituiren, die Strafe des verzögerten Processes zu büßen und die Kaiserl. Commissionskosten theils zur Hälfte, theils allein zu tragen. Der v. Campo ergriff zwar dagegen das Rechtsmittel der Supplication und sein Libell wurde dem Gegentheil zur Exception mitgetheilt; allein sein nicht lange hernach erfolgter Tod endigte diesen Rechtsstreit. Die Freyherrn von Crailsheim verglichen sich im J. 1747 mit den v. Campoischen Erben dahin, daß sie ihnen, gegen Abtretung aller Rechte und Güter, noch zur Abfindung 12000 fl. baar bezahlten und an den ihnen zuerkannten Früchten, Commissionskosten u. dergl. eine sehr beträchtliche Summe nachließen, wovon der Nachlaß an den erhobenen Früchten nur allein 19847 fl. betragen hat.

§. 2.

Nach geendigten Proceß baten die Freyherren von Crailsheim zu Eichstädt um die Belehnung mit denen, bey dem dortigen Hochstifte zu Rittermannlehen gehenden Gütern und Rechten, bey den gemeinschaftlichen Rittergütern Sommersdorf und Thann. Sie erhielten aber in einem Rescript vom 15. März 1754. die Weisung, forderſamst die erhaltenen jüngsten Lehenbriefe in beglaubter Abschrift zu überreichen, sodann aber ein

genaues und getreues Verzeichniß aller und jeder von diesem Fürstl. Hochstift mit den beyden Gütern Sommersdorf und Thann zu Rittermannlehen relivirenden Rechten und Gerechtigkeiten, Stücken und Gütern, deren Ein- und Zugehörungen, samt und sonders, eigenhändig unterschrieben und besiegelt einzusenden, damit die Lehenbriefe hernach desto sicherer eingerichtet werden könnten. Zugleich wurden sie angewiesen, auf ihre in dem Proceß mit dem von Campo abgelegten Bekenntnisse und das darauf ergangene allerhöchste Erkenntniß, bey der Verfassung des Verzeichnisses Rücksicht zu nehmen. Die Freiherren von Crailsheim schickten zwar in den Jahren 1755 und 1758 Designationen ein; aber der Fürstl. Lehenhof fand sie nicht für hinreichend, und erinnerte in einem Rescript vom 24. Nov. 1774 insonderheit gegen die letzte, daß darinn verschiedene Rechte und Gerechtigkeiten, Hölzer, Weyher, Zehenden und Unterthanen, so in den Kaiserl. Erkenntnissen als Eichstädtische Lehen namentlich und ausdrücklich erkannt worden, theils gar nicht, theils in geringerer Zahl in Ansatz gebracht worden wären. Dieses veranlaßte den damaligen Vasallen, Herrn Kammerjunker Carl Friedrich Freyherrn von Crailsheim zu Fröhestockheim, im J. 1775 über die oben stehende Frage ein Gutachten von der Fakultät einzuholen.

§. 3.

§. 3.

Der Lehenmann ist allerdings schuldig, dem Lehenherrn, auf sein Verlangen, ein vollständiges und getreues Verzeichniß alles dessen, was er von ihm zu Lehen trägt, mithin aller zu dem Hauptlehengut gehörigen Stücke und Rechte, zu übergeben [2]), und kann hierzu von dem Lehenherrn gezwungen werden [3]). Insbesondere verbinden die teutschen Lehenrechte den Vasallen zur Einreichung einer solchen Designation, wenn er die Belehnung oder deren Erneuerung sucht [4]). Dieses ist auch noch gegenwärtig dem Herkommen mehrerer Lehenhöfe gemäß, wenn gleich bey andern die Designationen nicht üblich sind, weil man angefangen hat, die Zubehörden des Lehens in den Lehenbriefen selbst sorgfältiger zu benennen [5]). Eine solche auf des Vasallen eigenes Geständniß gegründete Beschreibung ist dem Lehenherrn wichtig, da sie ihn desto mehr seines Obereigenthums ver-

2) v. Senkenbergs primae lineae iuris feudalis §. 238. Püttmanns elementa iuris feudal. §. 228.

3) Gails practic. Obſervat. Lib. II. Obſ. 69. num. 8. Fleischers institutiones iur. feud. Cap. 9. §. 31.

4) Schwäb. Lehenr. Kap. 32. Sächſ. Lehenr. Kap. 14. Schilters Commentar. ad ius feudale alemannicum ad Cap. 32. Mascov de iure feudorum, Cap. 7. §. 5.

5) v. Senkenberg l. c. §. 207. Böhmers principia iuris feudalis §. 191.

versichert [6]. Sie dient ferner bey der Sonderung des Lehens von dem Eigenthum, weswegen auch die Lehenerben die Herausgabe der Lehensverzeichnisse den Allodialerben nicht versagen dürfen [7]. In dem gegenwärtigen Falle hatte der Fürstl. Eichstädtische Lehenhof um so mehr Ursache, auf die Edition einer vollkommenen und getreuen Lehensbeschreibung alles dessen zu dringen, was bey den beyden Rittergütern Sommersdorf und Thann von ihm lehenbar ist, als nach dem eigenen Geständnisse der Herren von Crailsheim, die bisherige im Jahr 1706 übergebene Designation ziemlich unrichtig und mangelhaft war. Sie weigerten sich auch an sich nicht, eine neue und richtigere Designation zu übergeben. Nur wollten sie solche nicht in der Maaße, wie sie der Lehenhof verlangte, einrichten.

§. 4.

Diese Weigerung schien ohne Grund zu seyn. Der Lehenhof verlangte nichts mehr, als daß die neue Lehensdesignation, in Gemäßheit des in Sachen der v. Crailsheim gegen den v. Campo am 5. Febr. 1739 ergangenen Reichshofraths-Erkenntnisses eingerichtet werden sollte.

Dieses

6) Püttmann l. c. §. 366. Siegels tract. de literis investiturarum Cap. 2. §. 7. Schweders diss. de dinumeramentis et reversalibus feudi §. 14. sqq.

7) v. Pufendorfs Observat. iuris universi T. IV. Obs. 36.

Dieses gründete sich zum Theil auf die selbst eigene, vor diesem höchsten Reichsgerichte und der Kaiserl. Commission aufgestellten Grundsätze und Anerkenntnisse seiner Vasallen. Wie konnten die gegenwärtigen Vasallen, ihrer Vorfahren, von welchen sie abstammen, vor einem in der Sache unstreitig competenten Richter abgelegte gerichtliche Geständnisse mißkennen, ohne sich dem Vorwurfe einer unlautern Absicht und des Undanks gegen ihren Lehenherrn auszusetzen, den sie zu ihrer Vertheidigung aufgefordert haben und der sie kräftig unterstützt hat? Zwar ist jenes Reichshofraths - Erkenntniß nur in contumaciam ergangen. Es steht aber ausdrücklich darinn, daß solches nach genauer Einsicht und rechtlicher Erwegung der vor der Kaiserl. Commission vom impetrantischen Theil producirten Lehenbriefe, Lehensbeschreibungen, Lehensbekenntnisse, Lagerbuchs und anderer beständigen Lehensurkunden und wegen der darauf gegründeten Lehenansprüche erfolgt sey. Der Lehenhof glaubte, daß dieses Erkenntniß um so mehr zum Grunde zu legen sey, als die dagegen von dem v. Campp ergriffene Supplication, wegen des mit seinen Erben getroffenen Vergleiches, liegen geblieben ist, übrigens aber dieser Vergleich dem Lehenherrn an seinen lehenherrlichen Gerechtigkeiten ohnehin niemals einigen Nachtheil zuziehen konnte. Noch eine Bedenklichkeit, welche die Freyherren von Crailsheim darinn setzten, daß sie einige Rechte als Lehen des Hochstiftes anerken-

erkennen sollten, worüber sie doch mit den Fürstl. Aemtern Herrieden und Ohrenbau in Streit befangen wären, suchte der Lehenhof dadurch auszuweichen, daß er ihnen frey ließ, bey den Puncten, wo sie mit dem Hochstifte in Streit befangen wären, der zu verfassenden Lehensdesignation eine salvatorische Clausel beyzufügen.

§. 5.

Wenn man nun aber dagegen erwägt, daß die Absicht eines Lehensverzeichnisses hauptsächlich dahin geht, damit der Lehenherr ein schriftliches Geständniß des Vasallen, welche Stücke er für Lehen anerkennt, in die Hände bekomme, um sich dessen bey künftigen Streitigkeiten über die Lehenszubehörden, welche Lehen oder Eigenthum seyn, gegen den Vasallen sogleich, zur Ersparung eines weitern Beweises zu bedienen [8]; so kann wohl die Pflicht des Vasallen, bey Fertigung einer solchen Specification, nicht weiter erstreckt werden, als daß er derselben alles dasjenige getreulich einverleibe, was er wirklich von dem Lehenherrn zu Lehen trägt und nach den vorhandenen Lehenbriefen, ältern Designationen und andern Lehensurkunden, oder auch, vermöge einer dem Lehenherrn vielleicht zu statten kommenden Verjährung, als unstreitig zum Lehen gehörig, einräumen muß. Dieses folgt schon aus dem Begriffe eines soge-

8) Schweders cit. diss. §. 7.

sogenannten dinumeramenti feudalis, als welches in einem Verzeichniß und Bekenntniß alles dessen besteht, was der Vasall wirklich zu Lehen trägt 9). Eine Sache kann nur durch die Einwilligung des Lehenherrn und des Vasallen ein Lehen werden. Dieser beyderseitige Wille erhellet aus den bisherigen Lehenbriefen und Lehensdesignazionen 10). Nun kann zwar eine Sache doch ein Lehen seyn, wenn sie gleich nicht in den Lehensurkunden steht. Daferne aber einer neuen Designation mehrere Stücke einverleibt werden sollen, als in der ältern und in den Lehenbriefen stehen, so muß der Vasall entweder einwilligen, oder der Lehenherr muß beweisen, daß diese mehrere Stücke wirklich Lehen von ihm seyn. Die Freyherren von Crailsheim hatten die ihnen obgelegene Pflicht dadurch vollkommen erfüllt, daß sie bey ihrer neuen Specification die vorhandenen Lehenbriefe und ältern Designationen zum Grunde gelegt, und, ihrer Versicherung nach, alles hineingebracht haben, was sie bey den beyden Rittergütern Sommersdorf und Thann, von dem Hochstifte Eichstädt wirklich zu Lehen tragen und was unstreitig darzu gehört. Hingegen berechtiget kein Lehensgesetz den Herrn weder überhaupt die Einrichtung der Designation seinem Vasallen nach Gutbefinden vorzuschreiben, noch ihm aufzulegen, auch

9) CHRISTINAEUS Decis. Vol. VI. Dec. 36. num. 24.

10) Sigel l. c. Cap. 6. §. 4.

auch solche Stücke mit aufzuführen, deren Lehenseigenschaft von dem Lehenmanne noch widersprochen wird; zumal wenn, wie hier der Fall war, nach der neuen Designation auch die Lehenbriefe eingerichtet und sonach die ältern abgeändert werden sollen. Bekannten Rechten nach darf der Lehenherr die Lehenbriefe nicht eigenmächtig abändern, sondern hierzu wird aller Interessenten Einwilligung erfordert [11]). Er ist also auch nicht befugt, dem Vasallen willkührlich eine abgeänderte Designation, als die Grundlage zu neuen Lehenbriefen, vorzuschreiben.

§. 6.

Der Umstand, daß die Freyherren von Crailsheim in dem Rechtsstreit mit dem v. Campo eben die Stücke für Eichstädtische Lehen selbst ausgegeben haben, welches sie in die Lehensdesignation zu bringen nachher verweigert, konnte das Begehren des Fürstl. Lehenhofs nicht rechtfertigen. Jener Proceß betraf die Sonderung des Lehens von dem Eigenthume. Die Lehenerben nahmen damals einige Sachen, die in den Lehensurkunden nicht stehen, gleichwohl als Eichstädtische Lehen gegen den Allodialerben in Anspruch. Weil dieser ungehorsamlich

11) Rosenthals tract. iuris feudal. Conclus. 69. num. 14. sq. Struvs Syntagma iuris feud. Cap. I. Aphor. 11. num. 3. Sigel l. c. Cap. 4. §. 1. v. Cramers Observ. iur. universi Tom. IV. Obs. 1001.

samlich aussen blieb, so wurde endlich dieser Anspruch gegen ihn, als Wahrheit angenommen. Aber daraus folgt kein gerichtliches Geständniß, worauf sich der Lehenhof gründen konnte. Soll ein gerichtliches Geständnis vorhanden seyn, so werden Partheien vorausgesetzt, von welchen der eine Theil mündlich oder schriftlich eben den factischen Umstand zugiebt, den der andere behauptet [12]. In jenem Processe war der Lehenhof nicht der Gegentheil seines Vasallen. Die damalige Behauptung der Freyherren von Crailsheim, daß gewisse Stücke Eichstädtische Lehen seyn, war nicht gegen den Lehenherrn geschehen. Gleichwohl hat das Geständnis der Lehenbarkeit nur alsdann eine nachtheilige Würkung für den Vasallen, wenn solches gegen den Lehenherrn, nicht aber gegen andere abgelegt worden ist [13]. Ueberhaupt kann sich ein dritter, der Regel nach, nicht auf ein Geständnis berufen, das gegen einen andern und in einem ganz andern Rechtshandel erfolgt ist [14]. Insbesondere ist die von dem Vasallen in andern Acten eingeräumte Lehnbarkeit einer Sache zum Beweis gegen ihn

12) L. 6. §. 3. ff. de confessis. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß I. Th. 2. Abth. §. 217. 219. v. Graffen diss. de confessione qualificata §. 1.

13) Strubens rechtliche Bedenken I. Th. 128. Bed. S. 306.

14) L. 22. ff. de interrogat. in iure faciendis. MEVIUS Decis. P. 7. Dec. 154. num. 3.

ihn nicht hinlänglich [15]. Wenn zwischen Lehens- und Eigenthumserben Streit entsteht, so werden von erstern und dem zum Intervenienten aufgeforderten Lehenherrn, oft manche Stücke für wahre eigentliche Lehenszubehörden in Anspruch genommen, deren Lehenseigenschaft in der Folge nicht erwiesen werden kann. Es würde für den Vasallen sehr hart seyn, wenn der Lehenherr in der Folge, dergleichen oft unerweißliche Anspüche gegen den Allodialerben benutzen und seinen Lehenmann nach solchen vermeintlichen Geständnissen richten wollte. Sehr richtig schreibt der ehemalige Vicekanzler Struben [16]: „Es verdienet auch nicht alles Glauben, was die Partheyen in Rechtshändeln zu ihrer Vertheidigung anführen, noch strafen die Rechte falsche Angaben damit, daß sie in andern Sachen, wider denjenigen, welcher selbige gethan, für Wahrheiten zu halten sind." In dem vorliegenden Fall kam noch hinzu, daß nach der Versicherung in der Geschichtserzählung in jenem Absonderungsproceß einige Stücke, aus Irrthum, unter den Eichstädtischen Lehen mit in Ansatz gebracht worden, die fremde, nämlich Wirzburgische, oder Brandenburg-Onolzbachische Lehen waren. In dieser Hinsicht war also das sogenannte Geständniß, als einem dritten nachtheilig, ohnehin

15) v. Ludolfs Observat. forens. Tom. I. Observ. 93.

16) in den Nebenstunden 3. Th. 17. Abh. §. 3. S. 508.

nehin ungültig [17]. Darneben hätten in das neue Verzeichnis Sachen gebracht werden sollen, die theils gar nicht mehr existiren, theils wo z. B. an Unterthanen und Grundstücken, mehr als wirklich vorhanden, in jenem Proceß angesetzt worden ist, da doch der Vasall nicht schuldig ist, mehr, als er wirklich hat, in die Designation zu bringen [18].

§. 7.

Eben so wenig konnte also auch der Lehnhof verlangen, bey der neuen Designation des Reichs Hofraths Conclusum schlechterdings zum Grunde zu legen. Dasselbe ist lediglich in Sachen der von Crailsheim gegen den von Campo, wegen der Sonderung des Lehens von dem Eigenthum ergangen. Es bestimmte eigentlich nicht, was die von Crailsheim von jedem einzelnen Lehenhof zu Lehen tragen, sondern nur überhaupt, was Lehen ist, und was der von Campo in dieser Eigenschaft zurück zu geben hatte. In so ferne indessen dieses Conclusum, in Anwendung auf die Eichstädtische Lehen, den Lehenbriefen, ältern Designationen und andern zu Recht beständigen Urkunden gemäß war, mußte es freylich bey der neuen Designation zum Grunde

17) Claproth a. a. O. §. 218. und die daselbst angeführten Gesetze.

18) v. Senkenberg l. c. §. 238.

de gelegt werden, nicht aber bey solchen Stücken, wo das Conclusum sich blos auf die Angaben der Lehenerben gründete, und lediglich zur Strafe des Ungehorsams gegen den von Campo ergangen war. Derselbe ist, obwohl durch seine Schuld, gegen diese Ansprüche gar nicht gehört worden. Auf die von ihm ergriffene Supplication erfolgte keine Sentenz, weil die Sache mit dessen Erben durch Vergleich beigelegt worden ist. Es fehlte also überall an der gehörigen Untersuchung, ob diese angegebene Stücke bey den Rittergütern Sommersdorf und Thann wirklich Eichstädtisches Lehen seyn. Wie war also der Lehnhof zu verlangen befugt, das neue Lehensverzeichnis, in Ansehung dieser Stücke, in Gemäßheit einer, ohne vorhergegangene hinlängliche Untersuchung, in einer andern Sache, lediglich in contumaciam des Allodialerben ergangenen Sentenz, einzurichten?

§. 8.

Vielmehr blieb dem Fürstl. Eichstädtischen Lehenhof, wenn er mit der von den Freyherren von Crailsheim übergebenen Lehensdesignation nicht zufrieden seyn wollte, sondern glaubte, daß derselben noch mehrere Stücke, als wirklich geschehen, einverleibt werden müßten, nichts anders übrig, als den Weg Rechtens zu erwählen, und wider die Freyherren von Crailsheim, die solches zu thun verweigern, zu klagen und zu bewei-

weisen, daß die Stücke, welche seine Vasallen nicht in die Lehnsdesignation bringen wollen, wirkliche von diesem Hochstift relevirende Pertinenzen der Lehengüter Sommersdorf und Thann seyn, dagegen aber die von Crailsheim, rechtlicher Ordnung nach, zu hören; denn die Regel, daß der, so etwas für Lehen ausgiebt, solches beweisen muß, ist allgemein [19]) und paßt auch auf den Lehensherrn. Bey der Frage, wo diese Klage anzubringen sey, rieth die Facultät den Vasallen, sich ohne Weitläuftigkeit vor den Eichstädtischen Lehensgerichten, wenn die Klage daselbst, der Ordnung nach, durch einen bestellten Anwald [20]) angebracht werden würde, einzulassen. Denn der Proceß über Lehens-Pertinenzen ist mixti fori [21]), und dem Lehenherrn steht frey, in einer Sache, die die angebliche Erhaltung seines Lehens betrifft, die Klage bey seinen eigenen Lehengerichten anzubringen [22]).

§. 9.

Das Gutachten gieng daher dahin: daß der Fürstl. Eichstädtische Lehenhof nicht befugt sey, weder über-

19) Consil. Hallens. ICtor. Tom. I. Lib. 3. Cons. 47. num. 6.

20) Hofmanns teutsche Reichspraxis II. Th. §. 1311.

21) Hommels Pertinenz- und Erbsonderungsregister, Einl. §. 31. Ebend. de caussis pseudo-feudalibus verisque §. 12.

22) Estor de iurisdictione curiarum clientelarium germanicarum et de caussis feudalibus ibi tractandis §. 34. num. 4.

haupt seinen Vasallen, den Freyherren von Crailsheim, willkührlich vorzuschreiben, welche Stücke sie in ihre Lehensdesignation bringen sollen, noch insonderheit zu verlangen, derselben alles dasjenige einzuverleiben, was in dem in Sachen von Crailsheim gegen den von Campo im Jahr 1739 ergangenen Reichs Hofraths-Erkenntnis für Lehen erkannt worden, sondern der Lehenhof, wenn er mit der eingeschickten Lehensdesignation sich nicht beruhigen, sondern ein mehreres hinein gebracht haben will, den Weg Rechtens erwählen, sonach seine Vasallen vor seinen Lehengerichten belangen und den Beweis, daß diejenigen Stücke, welche er annoch der Designation einverleibt haben will, wirkliche von ihm verliehene Pertinenzen der Lehengüter Sommersdorf und Thann seyn, übernehmen müsse.

XXI.

XXI.

Von dem Unterschiede zwischen Näherrecht und Wiederkauf. Ein Beytrag zur Berichtigung des gewöhnlichen Begrifs vom Näher- und Vorkaufsrecht.

§. 1.

Daß eine Verwechselung der Worte Wiederkauf, und Vorkauf oder Näherrecht nicht nur überhaupt leicht möglich ist, da bey beyden Verträgen die nämliche Absicht des Verkäufers, die Sache einmahl wieder an sich zu bringen, und daher vermittelst derselben der Freyheit des Besitzers, die Sache an einen andern zu überlassen, Schranken zu setzen, zum Grunde liegt [1]), sondern auch eben deswegen eine solche Vermischung jener Benennungen unter den Contrahenten gar nicht ungewöhnlich ist, hat schon Leyser [2]) aus Beyspielen erwiesen.

§. 2.

Es ist daher eine ganz bekannte Regel, welche die Gesetze insonderheit beym Kaufcontracte einschärfen, daß man immer mehr auf den Sinn der Contrahenten,

1) de BERGER Diss. de iure ex pacto revendendi, si vendatur, §. 5.

2) in Meditat. ad Pandect. Spec. CXCII. medit. 5.

und dasjenige, was ihre wahre Absicht gewesen, unter sich festzusetzen, als auf die Worte sehen müsse, deren sie sich dabey bedient haben [3].

§. 3.

Da nun diese Absicht der Contrahenten zu Folge der Regel: omnis interpretatio facienda est secundum naturam actus [4], aus der Natur und rechtlichen Beschaffenheit ihrer eingegangenen Verabredung zu beurtheilen ist; so kommt es bey Entscheidung der Frage: ob in einem vorkommenden Falle die Absicht der Contrahenten gewesen sey, einen Vorkaufs- oder Wiederkaufsvertrag zu schliessen, natürlich auf den wahren Unterschied dieser beyden Verträge an.

§. 4.

Ob nun gleich dieser Unterschied gewöhnlich darin gesetzt zu werden pflegt, daß bey dem Vorkaufe der Preiß, vermittelst dessen die Sache dem erstern Verkäufer wieder überlassen werden muß, derjenige sey, den ein dritter Käufer bestimmt; bey dem Wiederkaufe aber die Wiedereinlösung bald mit demjenigen Preiß ge-

3) L. 219. D. de Verb. Signif. In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba, spectari placet. — L. 6. §. 1. D. de contrah. vendit. In emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est.

4) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 229.

geschehe, den die Partheyen bey dem erstern unter der Bedingung des Wiederkaufs geschlossenen Kaufe festgesetzt, bald mit dem erfolge, den sie nachher bey dem anderweiten Kaufe bestimmt haben [5]; so ist doch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [6] richtiger, welche behaupten, daß der eigentliche Unterschied zwischen dem Wiederkaufs- und Näherrechtsvertrage darin beruhe, daß ersterer dem Käufer die unbedingte Verbindlichkeit auflegt, die ihm verkaufte Sache dem Verkäufer auf desselben Verlangen wieder zurück zu verkaufen, wenn gleich derselbe die unter dem Vertragsgesetz des Wiederkaufs erhandelte Sache für sich zu behalten willens wäre; letzterer hingegen dem Verkäufer nur unter der Bedingung, wenn der Käufer die Sache einmahl wieder zu verkaufen sich entschließen sollte, ein Recht giebt, den Vorzug vor einem jeden andern Käufer zu verlangen, welches folglich nicht eher, als wenn dieser Fall wirklich sich ereignet, ausgeübt werden kann [7].

5) Walchs Näherrecht 1. Buch 1. Hauptst. §. 8. S. 83.

6) TABOR de pacto retrovenditionis §. 40. Tom. I. Tractat. pag. 896. HELLFELD in iurisprud. for. T. I. §. 997. Ge. Sam. MADIHN Diss. de iure protimiseos eiusque a iure retractus discrimine. Halae 1758. §. VI. in Not.

7) MADIHN sagt a. a. O. pag. 20. PACTUM DE RETROVENDENDO ita in favorem venditoris conceptum est, ut vel intra certum tempus, vel quando libuerit, emtori pretium acceptum iterum offerre possit, emtorque obligatus est, ut ven-

§. 5.

Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß bey dem Vorkaufe der Preiß, mittelst welchen die Wiedereinlösung geschiehet, insgemein derjenige zu seyn pflegt, den ein dritter Käufer zu geben bereit ist. Allein es ist doch dieses keine wesentliche Bestimmung des Vorkaufs, als welcher vielmehr nach deutlicher Verordnung der Gesetze nur darin bestehet, daß der Käufer die Sache, wenn er sie einmahl wieder zu verkaufen willens ist, an niemand, als den Verkäufer, überlasse [8]). Daß hingegen die Reluition jederzeit unter solchen Bedingungen geschehen müsse, die ein dritter Käufer über sich genommen hat, ist alsdann wenigstens nicht erforder-

venditori rem restituat. L.2. et 7. C. de pact. inter emtor. et vendit. L.12. D. de praescr. verb. PACTUM vero PROTIMISEOS eiusmodi conventionem quidem etiam concernit in favorem venditoris initam, sed non nisi sub conditione, SI EMTOR DEINCEPS REM EMTAM VENDITURUS SIT. Prius itaque arbitrio emtoris non relinquit, utrum vendere velit, posterius autem totam alienationem eius committit voluntati, et non nisi ius sub conditione operatur ratione venditoris.

8) L.75. D. de contrah. emt. vendit. L.21. §.3. D. de action. emti vendit. Westphals Lehre des gemeinen Rechts von Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzinskontract. §. 671.

derlich, wenn deshalb unter den Partheyen ein gewisser Preiß festgesetzt worden ist, für welchen die Sache dem ersten Verkäufer auf den Wiederveräußerungsfall, wenn er sie verlangt, wieder überlassen werden soll.

§. 6.

Ein Beyspiel hievon giebt folgender bey hiesiger Facultät vorgekommener Rechtsfall. Schon im Jahr 1749 verkauften Johann Paul Krech und Johann Philipp Fuchs zu Themar ihre damals gemeinschaftlich besessene Oehl- und Lohmühle, die neue oder Stangenmühle genannt, nebst dazu gehörigem Wohnhaus, Stadel, Garten und übrigem Zubehör an dem Bürger und Ackermann Johann Martin Haack für die Summe von 300 Fl. Fränk. Es wurde dabey ausbedungen, daß wenn über lang oder kurz die Mühle wieder verkauft, oder dieselbe sonst zu einer Veränderung gebracht werden sollte, den Verkäufern oder ihren Erben das Näherrecht um eben solchen Preiß mithin für 300 Fl. Fränk. wenn anders in solcher mittlern Zeit nichts verdorben worden, daran zustehen sollte. Die Verkäufer starben immittelst, und der Käufer Haack brachte die gedachte Mühle mit Zubehör durch eine Schenkung unter den Lebendigen auf seine Frau zweiter Ehe. Daher machte nun die von dem Mitverkäufer Krech hinterlassene Tochter, Anna Dorothee verehlichte Rüttingerin, auf das

auch

auch ihr von ihrem Vater vorbehaltene Wiedereinlösungsrecht gerichtlichen Anspruch. Daß hier unter dem in dem Contracte vorbehaltenen Näherrecht kein Wiederkauf verstanden werden kann, ist außer Zweifel. Denn die Verkäufer haben sich ja dasselbe namentlich und ausdrücklich nur auf den Fall vorbehalten, wenn über kurz oder lang die Mühle wieder verkauft, oder sonst zu einer Veränderung gebracht werden sollte. Daher die Absicht der Contrahenten ganz offenbar dahin gehet, daß die Verkäufer oder ihre Erben auf solchen Veräußerungsfall ein Vorrecht vor jedem andern haben sollen, wenn sie dem Käufer den Kaufschilling erstatten würden, so wie solches auch durch den Ausdruck Näherrecht deutlich zu erkennen gegeben wird.

§. 7.

Hieraus erhellet also, daß der gewöhnliche Begriff von dem Näher- oder Vorkaufsrechte nicht vollkommen richtig sey, wenn man sagt: IUS PROTIMISEOS est *ius, in casu alienationis praeferentiam exigendi prae aliis, si eaedem, quas illi offerunt, conditiones praestantur* 9). Nur bey dem gesetzlichen Vorkauf oder Näherrecht so wie auch bey dem Retract oder Abtrieb ist die

9) HELLFELD in iurisprud. for. T. I. §. 990. EISENHART Institut. iuris germ. privati. Lib. III. Tit. VIII. §. 28. Walchs Näherrecht 1. Buch 1. Hptst. §. 4. S. 76. f.

die Erfüllung aller Kaufsbedingungen, die der andere über sich genommen, oder über sich zu nehmen willens ist, wesentlich erforderlich [10]). Allein bey einem bedungenen oder testamentlichen Vorkaufe kommt alles auf die Verabredung der Contrahenten, und die Verfügung des Testirers an.

10) de SEICHOW Elem. iuris germ. privati hod. §. 590 et 591. Hofr. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. §. 195.

XXII.

XXII.

Ist bey gerichtlicher Ausfertigung einer Schuld- und Pfandverschreibung eine Untersuchung der Richtigkeit des Anlehens auf Seiten der Obrigkeit dergestalt erforderlich, daß wenn, durch Unterlassung derselben, Gelegenheit, einen Betrug zu begehen, gegeben worden, der Regreß gegen dieselbe statt finde? durch einen merkwürdigen Rechtsfall erörtert.

§. 1.

Unterm 17ten November 1762. wurde von dem Stadtmagistrat zu Hildburghausen für die Witwe Anne Dorothee Gökingin eine Schuldverschreibung ausgefertiget, worin es heißt:

„daß bemeldte Göckingin mit Consens ihres Curators Eyring urkunde und bekenne, wie sie aus der Fürstl. milden Casse, und zwar von dem damaligen Administrator derselben, dem Kammer Commissär Schroth, 100 Thaler als ein Anlehen empfangen habe, solches mit 6 pro Cent jährlich zu verzinsen, und das Capital nach vierteljähriger Loßkündigung wieder abzutragen verspreche. Zur Sicherheit werde dem Gläubiger ihr Wohnhauß nebst Gärtgen zur Specialhypothek eingesetzt, und der Stadtrath geziemend gebeten, in sothane Unterpfandsverschreibung

Lehns-

Lehns- und Obrigkeitswegen zu willigen; welchem Gesuch zu willfahren auch kein Bedenken obgewaltet, u. s. w."

Am Schluß heißt es weiter:

„Urkundlich ist gegenwärtige Schuld- und Pfandverschreibung unter unserm gewöhnlichen Insiegel und Unterschrift ausgefertiget, auch von der Schuldnerin mit unterschrieben worden."

Die Unterschriften folgen also, daß erst Burgermeister und Rath, und für selbige Johann Theodor Simon Kost, sodann die Namen der Anne Dorothee Göckingen und des Johann Christian Eyrings, als Curators, unterschrieben stehen.

§. 2.

Auf diesen Rathsconsens zahlte der Administrator Schroth aus der Fürstlichen milden Casse 100 Thaler Capital für die Witwe Gökingin aus. Im Jahr 1764 machte jedoch derselbe bey der Regierung die Anzeige, daß, als er vor kurzem die Witwe Göckingin der rückständigen Interessen halber gemahnet, er von derselben zur Antwort erhalten, wie sie das mehrgedachte Capital weder verlangt noch bekommen habe, noch weniger sie der Consens etwas angehe. Da also dieser Consens unrichtig und fälschlich ausgefertiget seyn müsse, so wolle er solches denunciren, und wegen Sicherstellung der Fürstlichen milden Casse sich Verhaltungsbefehle ausbitten.

§. 3.

§. 3.

Von dem Stadtrath ward hierauf Bericht und Verantwortung gefordert. Dieser berichtete nun, wie es ihn nicht wenig befremde, daß die Göckingin, an welche doch Besage des Consensbriefes das Geld ausgezahlet seyn müsse, weil von keiner andern zum Empfang des Geldes durch besondern Auftrag legitimirten Person eine Quittung dabey befindlich sey, die Schuld selbst läugnen wolle. Die milde Cassenadministration werde am besten Erläuterung zu geben im Stande seyn, an wen sie die Zahlung geleistet habe. Soviel sich der zu jener Zeit Amtsführende Bürgermeister Kost und der Stadtsyndicus erinnern könnten, so habe der verstorbene Hofadvocat Rosenfeld, welcher der Göckingin Rechtssachen besorgt, und ihr auch zu jener Zeit in Proceßsachen vor dem Stadtrath zum Curator bestätiget worden, nebst des Advocaten Schneyers Ehefrau, die einen genauen Umgang mit der G. jederzeit gehabt, die Ausfertigung des Consenses bewirkt, und zwar erster mit der Erklärung, daß die Schuldnerin ad hunc actum sich den Riemer Eyring zum Curator ausbitten wolle, und würde derselbe, wenn dessen Unpäßlichkeit vorüber sey, selbst noch erscheinen, und die Stipulation verrichten.

§. 4.

In einem der Sache halber anberaumten Termin wurde sowohl dem angeblichen Curator Eyring, als der

der Witwe Göckingin die Schuldverschreibung im Original vorgelegt. Allein beyde läugneten schlechterdings, das Document unterschrieben zu haben. Ersterer mit dem Beyfügen, er heiße Johann Melchior und nicht Johann Christian, wisse von der ganzen Sache nichts, so auch der Göckingin niemals zum Curator bestellet worden. Letztere mit dem Betheuern, auch nicht einen Pfennig von dem auf sie erborgten Capital bekommen oder verborgt zu haben, indem sie selbst Activa ausstehen, mithin kein Geld zu borgen nöthig habe.

§. 5.

Der Stadtsyndicus glaubte indeß, dieß alles gehe den Stadtrath nichts an. Der Contract des Darlehns werde unter den Partheyen geschlossen. Der Stadtrath hingegen versichere nur die Richtigkeit des Unterpfands, mithin könne sich derselbe darauf nicht einlassen, sondern es müsse zuvörderst die Auszahlung des Geldes von dem Administrator der milden Casse erwiesen werden.

§. 6.

Der Administrator Schroth ward hierauf angewiesen, seine Klage wider die Witwe Göckingin in der gehörigen Ordnung anzustellen. Dieß geschahe auch, und als darauf von der Herzogl. Regierung erkannt

worden, daß die Göckingin zur eidlichen Diffession des Schulddocuments zu admittiren sey, so wurde auch von derselben die Unterschrift wirklich mittelst gerichtlichen Eides abgeläugnet, und selbige sofort von der wider sie erhobenen Klage entbunden.

§. 7.

Nunmehr stellte der Actor der milden Casse bey Herzoglicher Regierung wider den Stadtrath Klage an. Er gründete sich darin, daß der Stadtrath schuldig sey, den unter seiner Unterschrift und Siegel ausgefertigten Consens zu garantiren, und die Fürstliche milde Casse, die dadurch zum Creditiren verleitet worden, schadlos zu halten, indem auf Seiten desselben in Ansehung der falschen Unterschrift sich darin eine Nachläßigkeit offenbar zu Tage lege, daß das Schulddocument aller Vermuthung nach aus den Gerichten sey verabfolgt worden, ehe noch die Unterschrift der angegebenen Schuldnerin dazu gekommen sey. Er bath also zu erkennen:

daß beklagter Stadtrath die qu. Schuld- und Pfandverschreibung zu gewähren, und daher die darin enthaltene 100 Rthlr. nebst sämmtlichen davon hinterstelligen Zinsen an klagende milde Casse zu bezahlen, und alle sowohl hierdurch als auch durch die verführte Klage wider die in ersterer angegebene Schuldnerin erwachsene Unkosten zu erstatten schuldig.

Der

Der Stadtrath setzte die Einrede des gänzlich fehlenden Klagegrundes, und der von Seiten des Administrators zu Schulden gebrachten eigenen Nachläßigkeit entgegen. An diesen müsse sich also die milde Casse halten. Der Stadtrath selbst aber sey zu der begehrten Vergütung überall nicht verbunden. Nach eingebrachten Replik- und Duplikſätzen wurden die Acten zur Entscheidung verschickt, und hier findet sich nun ein auffallender Widersprnch in den Urtheilen der Fakultäten.

§. 8.

Die Jenaische Juristenfakultät erkannte im Jahr 1779, daß die erhobene Klage nicht statt finde, Kläger auch die Kosten des Processes zu erstatten verbunden sey. Kläger ergriff gegen dieses Urtheil die Leuterung, und die Leipziger Juristenfakultät änderte das vorige Urtheil im Jahr 1785 folgendermassen ab: Nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß die erhobene Klage für unstatthaft nicht zu achten, vielweniger Kläger die durch diesen Proceß verursachte Kosten dem Beklagten zu erstatten verbunden, sondern der Stadtrath die libellirten 100 Rthlr. nebst den verschriebenen Zinsen dem Kläger zu bezahlen schuldig sey, und bleibe demselben seine Entschädigung bey dem Aussteller der Urkunde zu suchen unbenommen; die auf diesen Proceß verwendete Unkosten seyen jedoch gegen einander aufzuheben. Gegen dieses Urtheil bediente sich Beklagter der Leute-

rung, und nun wurden die Acten an die Juristenfakultät zu Gießen versendet, welche im Jahre 1790 in Ansehung der Hauptsache das Jenaische Urtheil wiederherstellte, in Betreff der Proceßkosten aber das Leipziger Erkenntniß bestätigte. Gegen dieses Urtheil wurde von dem Actor der milden Casse nochmals die Leuterung interponirt, und die Acten an unsere Fakultät zum Spruch geschickt, welche das Leipziger Erkenntniß völlig wieder herstellte.

§. 9.

Es fällt in die Augen, daß es in dem vorliegenden Rechtsfalle eigentlich auf zwey Fragen ankommt. Einmal: ob der Stadtrath bey Ertheilung des in Frage stehenden Consenses überhaupt eine solche rechtswidrige Nachläßigkeit zu Schulden habe kommen lassen, daß gegen denselben mittelst der actionis in factum der Regreß genommen werden könne? und dann zweytens: ob diese Klage schon jetzt gegen denselben statt finde, oder ob nicht vielmehr zuförderst gegen die Erben des verstorbenen Administrators Schroth, welcher das Geld auf die blose Vorzeigung und Aushändigung des gedachten Consenses sofort an den Ueberbringer desselben ausgezahlet hat, zu klagen sey?

§. 10.

Im Betreff der erstern Frage ist nicht zu läugnen, daß die Gründe, aus denen die Klage wider den Stadtrath als unstatthaft zu verwerfen seyn möchte, gar nicht unerheblich sind. Denn wenn auch zugegeben wird, daß der Schade, welcher durch die von der Witwe Göckingin geschehene eidliche Diffession ihrer Namensunterschrift der fürstlichen milden Casse zugewachsen ist, nicht entstanden seyn würde, wenn der beklagte Stadtrath vor Ertheilung seines Consenses alle und jede Umstände genau untersucht hätte, so kommt es doch allerdings erst noch darauf an, ob auch der Stadtrath eine solche Untersuchung anzustellen, und solchergestalt jenen Schaden von gedachter milden Casse abzuwenden, rechtlich verbunden gewesen sey. Denn daß nur in dem Falle, wenn der Stadtrath durch eine wirkliche Pflichtunterlassung und rechtswidrige Nachläßigkeit in Verwaltung seines Amts zu jenen Schaden Gelegenheit gegeben hätte, der Ersatz desselben von ihm mit Recht gefordert werden könnte, ist ausser Zweifel. Nun scheint aber dieser Fall hier nicht vorhanden zu seyn. Denn, nicht zu gedenken, daß nach der Meinung bewährter Rechtsgelehrten eine Obrigkeit, welche einen Contract bestätiget, nicht schuldig sey, zu untersuchen, ob auch desselben Inhalt der Wahrheit gemäß sey, und der Gläubiger dadurch hinlängliche Sicherheit erlange, wenn

es nicht von ihr begehret worden ist [1]; so war ja in dem vorliegenden Falle von dem Stadtrath nach dem wörtlichen Inhalt der Schuldverschreibung weiter nichts verlanget worden, als in die Unterpfandsverschreibung Lehns- und Obrigkeitswegen zu willigen. Eine Untersuchung der Richtigkeit und der Umstände des Anlehns konnte also von ihm als nothwendig um so weniger erwartet werden, je mehr ohnehin dasjenige, was eigentlich zum Contract des Darlehns gehört, unter den Partheyen allein berichtiget zu werden pflegt. Non est enim, sagt ein berühmter practischer Jurist [2], magistratuum quoddam debitum, omissa a partibus supplere, ideo eius non facti seu recte non petiti quaedam culpa, sed, quod non petit pars, non iniuste omittit magistratus, qui officium suum non impertitur, nisi imploratus. Hierzu kommt, daß, da die Ausfertigung des Consenses von dem der Göckingin sonst a consiliis gewesenen Advocaten, und von einer mit ihr sehr bekannten Frau betrieben worden, man von Seiten des Stadtraths nicht einmal einen Verdacht eines intendirten Falsi habe hegen, vielmehr das weitere dem Gläubiger selbst wohl überlassen können, zumal dieser in einer Stadt mit der an-

1) Struben in den rechtl. Bedenken Th. V. Bed. 5. Iac. Gottl. SIEBER in Diss. an ex confirmatione hypothecae iudex ad id, quod interest, teneatur. (Goett. 1758.) §. 3. 9. et 11.

2) MEVIUS in Decision. Tom. II. Part. VII. Decis. 142.

angegebenen Erborgerin lebte, folglich die Auszahlung an dieselbe, und ihre Unterschrift mit der größten Zuverlässigkeit besorgen konnte.

§. 11.

Es thut auch nichts zur Sache, daß insonderheit die Göckingin nicht in eigener Person bey Gericht erschienen ist, da bekanntermassen die persönliche Gegenwart des Schuldners bey Bestellung eines gerichtlichen Unterpfandes nicht absolut nothwendig ist, sondern auch dabey ein anderer in seinem Namen erscheinen, oder auch wohl der Richter schriftlich um die Bestätigung ersucht werden kann [3]. Es konnte also die Ausfertigung des Consenses auch in Abwesenheit der Göckingin um so mehr bewirket werden, da eines Theils keine Renunciation und Certioration der weiblichen Rechtswohlthaten im vorliegenden Falle erforderlich, andern Theils aber auch keine Ursache vorhanden war, warum in das Gesuch des der vorgeblichen Erborgerin Rechtssachen besorgenden Advocaten ein Mißtrauen hätte gesetzt werden sollen.

3) MEVIUS in Commentar. in Ius Lubecense Lib. III. Tit. IV. Art. I. n. 36. Fredersdorfs Anweisung für angehende Justizbeamte und Unterrichter 3. Band S. 310. §. 12. v. Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit 1. Th. 3. Hauptabtheil. 5. Hauptst. §. 51.

§. 12.

Ueberdem kann nicht geradezu behauptet werden, daß der Stadtrath die in seiner Gegenwart geschehene Unterschrift der Debitricin attestiret habe. Denn ob zwar der in einem fortlaufende wörtliche Inhalt des Schulddocuments theils dasjenige, was von Seiten des Stadtraths, theils das, was von Seiten der Debitricin geschehen sollte, zugleich enthält, so erhellet doch daraus noch nicht, daß beydes gerade zu gleicher Zeit und uno actu geschehen sey, oder habe geschehen sollen, vielmehr, da die Unterschrift des Magistrats zuerst erfolgte, so konnte derselbe die Bewirkung der noch fehlenden Unterschrift der Erborgerin dem Gläubiger um so mehr überlassen, und dagegen die Auslieferung des Documents um so weniger verweigern, als ja die Auszahlung des Geldes nicht in loco iudicii zu geschehen pflegt, und bey selbiger der Creditor alle Behutsamkeit gebrauchen konnte.

§. 13.

Diesemnach hätte es also vielmehr dem Administrator der milden Casse, als dem Darleiher, obgelegen, beym Geldausleihen vorsichtiger zu Werke zu gehen, und, wie es sich gebührt, die Zahlung an die Göckingin selbst, oder einen von ihr besonders Bevollmächtigten zu leisten 4). Denn kein vorsichtiger Cassenverwalter wird einer

4) L. 12. pr. D. de solution.

einer ihm unbekannten Person deshalb, weil sie eine an die Casse gerichtlich ausgestellte Schuld- und Pfandverschreibung besitzt, die darin verschriebene Geldsumme auszahlen, da er nicht wissen kann, ob der Besitzer des Instruments solches rechtmäßiger Weise an sich gebracht hat, und die vermuthete Vollmacht, welche aus dem Besitz einer Urkunde entstehet, zu dergleichen wichtigen Handlungen, wie die Annehmung der Zahlung, nicht hinlänglich ist [5]). Da nun auf solche Art, wenn bey der Auszahlung die gehörige Vorsicht gebraucht, oder ein mehreres vom Stadtrath bey Ertheilung des Consenses ertheilet worden wäre, der mit der Obligation gespielte Betrug nicht hätte geschehen können, so gewinnt die Sache freylich das Ansehen, daß die Ursache des sich ereigneten Schadens mehr in der eigenen Nachläßigkeit des Darleihers, als in der Versäumniß einer von Seiten der Obrigkeit erforderlichen Untersuchung liege, und folglich in dieser Hinsicht die subsidiarische Klage wider den Stadtrath nicht statt finde [6]), zumal da die wirklich geschehene Auszahlung des in der Obligation verschriebenen Darlehns, welche doch in dem gegenwärtigen Falle zur Begründung der nützlichen subsidiarischen Klage nothwendig vorausgesetzt werden muß,

 vom

5) de BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. IX. Th. II. Not. 8. RIVINUS in Enunciat. iuris. Tit. VII. Enunc. 16.

6) Arg. L. 2. D. de magistrat. conveniend.

vom Kläger noch nicht einmal zur Zeit erwiesen worden ist.

§. 14.

Allein die Gründe für die entgegengesetzte Meinung schienen dennoch unserer Fakultät überwiegender zu seyn. Sie sind folgende. Erstens ist bekannten Rechten nach zur Bestätigung einer gerichtlichen Hypothek schlechterdings erforderlich, daß der Schuldner entweder selbst vor Gericht erscheine, und sowohl seine Einwilligung in die Bestellung einer gerichtlichen Hypothec erkläre, als um die Bestätigung derselben bitte, oder hierzu Jemanden eine besondere Vollmacht ertheile, welche entweder ausdrücklich auf die Bestellung der öffentlichen Hypothec und Nachsuchung um deren gerichtliche Bestätigung, oder, falls die Schuldverschreibung alles dieses schon hinreichend besagen sollte, wenigstens auf die Anerkennung des Inhalts und der Unterschrift derselben gerichtet seyn muß 7). Es ist hiernächst auch eine unläugbare Pflicht der Richter und Obrigkeiten, bey der Bestäti-

7) Ferd. Christoph. HARPPRECHT in Diss. de pignore publico §. 13. (Vol. I. Dissertation. academicar. Nr. XXVII.) a PUFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 206. §. 2. Io. Henr. Christ. ERXLEBEN Princip. de iure pignorum et hypothecar. §. 53. Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 27. S. 48. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 716.

stätigung öffentlicher Hypotheken vor allen Dingen gehörig zu untersuchen, ob das verschriebene Unterpfand dem Gläubiger eine hinreichende Sicherheit gewähre, und folglich, da alles Unterpfandsrecht, als ein accessorisches Recht, ganz und von selbst hinwegfällt, wenn keine rechtsgültige Verbindlichkeit zum Grunde liegt, darauf insonderheit und zuerst die Aufmerksamkeit zu richten, ob auch das Hauptgeschäft, zu dessen Sicherheit die Hypothec bestellet werden soll, seine völlige Richtigkeit habe [8]. Denn der Consens der Obrigkeit wird nach allgemein bekannten teutschen Rechtsprincipien nicht der blosen Solennität wegen zur Bestellung einer öffentlichen Hypothec erfordert, sondern die ganze Absicht der Gesetze gehet vielmehr dahin, durch die Darzwischenkunft der Obrigkeit den verborgenen Betrügereyen vorzubeugen, die bey einem Privatpfandrecht gar leicht vorgehen können [9]. Da nun dieser Absicht nichts mehr zuwider seyn kann, als wenn sogar der öffent-

8) BERLICH in Conclus. pract. P. II. Concl. 29. n. 79. sqq. Gabr. SCHWEDER in Disquisit. de auctoritate publica ad pignoris s. hypothecae puplicae constitutionem necessaria §. 21. Iust. Henn. BOEHMER in Diss. de praerogativa hypothecarum publicarum, Cap. II. §. 6. et 12. v. Trützschler im angef. Buche 1. Th. 3. Hptabth. 5. Hauptst. §. 53. u. folg. S. 603. f. f. ERXLEBEN cit. loc.

9) BOEHMER cit. loc. ERXLEBEN in Princip. de iure pignorum et hypoth. §. 56. Höpfner in dem angef. Commentar §. 716.

öffentliche Glaube dazu gemißbraucht werden dürfte, um die Unternehmungen betrügerischer Schuldner zum Nachtheil ihrer Gläubiger zu decken, so ist gewiß nichts Unbilliges und Uebertriebenes darin zu finden, wenn eine Obrigkeit, die hierin ihrer Pflicht kein Genüge gethan, sondern durch Verabsäumung gesetzmäßigen Verfahrens sogar selbst die Gelegenheit zur Begehung eines falsi gegeben hat, deßfalls zur Ersetzung des hierdurch verursachten Schadens rechtlich angehalten wird [10].

§. 15.

Diese rechtlichen Grundsätze finden nun auf den gegenwärtigen Fall ihre vollkommene Anwendung, wenn man erwägt, daß erstlich der Stadtrath, seinem eigenen Anführen nach Fol. 8. der Acten, die in Frage stehende Schuld- und Pfandverschreibung für die darin als Schuldnerin aufgeführte Witwe Göckingin auf das blose Anbringen eines ihr nur sonst a consiliis gewese-

10) BOEHMER in Consultat. et Decision. Tom. II. P. II. Decis. MCCLIV. et MCCLVI. IDEM in Diss. de hypotheca feudali expressa Cap. II. §. 6. de CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. III Obs. 822. Io. Frid. WAHL in Diss. de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii in rebus immobilibus venditis (Goetting. 1753.) §. 16. Io. Frid. KOBE Commentat. de pecunia mutuaticia tuto collocanda. Cap. VIII. §. 223. et 224. von Trützschler am angef. Ort §. 64. S. 610. Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 7te Betracht. Not. 120. S. 94. f.

wesenen Advocaten und einer andern Frauensperson ausgefertiget, ohne die gedachte Witwe Göckingin zuvor über die Richtigkeit der Sache zu befragen, oder sich von denen, die sich für Bevollmächtigte derselben ausgegeben, eine besondere Vollmacht, wie doch in solchem Falle unumgänglich nöthig gewesen wäre, vorzeigen zu lassen. Diese ausserordentliche Unvorsichtigkeit wird dadurch noch unverzeihlicher, daß sogar der beklagte Stadtrath zweytens nach dem unwidersprechlichen Inhalt des für die Göckingin ausgefertigten Consenses die Richtigkeit ihrer Unterschrift bezeuget hat, da doch dieselbe, seinem eigenen Geständniß nach, die Urkunde vor ihm und in seinem Beyseyn keinesweges unterschrieben, und daher auch solche eidlich abgeläugnet hat. Hieraus erscheinet aber von selbst, daß derselbe nicht nur eine offenbare Unwahrheit mit seines Namens Unterschrift und öffentlichen Insiegel beglaubiget, sondern auch hierdurch unstreitig die Gelegenheit gegeben hat, einen Betrug zu spielen, der, wenn der Stadtrath hierin seiner Pflicht besser nachgekommen, und, wie die Gesetze von ihm forderten, die Wahrheit der Sache vor Ertheilung des Consenses untersuchet, oder wenigstens das Document nicht eher aus den Händen gelassen hätte, als bis zuvor solches in loco iudicii gehörig unterschrieben worden, nicht wohl möglich gewesen wäre. Nicht zu gedenken, daß beklagter Stadtrath auch darin unstreitig gefehlt hat, daß, da zu der vorgewesenen ge-

richt-

richtlichen Handlung der Auswirkung des obrigkeitlichen Consenses nach sächsischen Rechten der Beystand eines gerichtlich bestätigten Curators der angegebenen Erborgerin nothwendig gewesen wäre, derselbe die Vormundschaftsbestätigung vor Ausfertigung des Consenses nicht nur nicht untersucht, sondern sogar auch die Unwahrheit attestirt hat, daß der Riemer Eyring, der doch nie Curator der Göckingin gewesen, als Curator derselben, eingewilliget habe. Aus diesem allem aber liegt nun klar vor Augen, daß, da der Administrator der milden Casse die bey der gerichtlichen Bestätigung einer öffentlichen Hypothec gesetzlich erforderliche Untersuchung billig voraussetzen können, und daher auf Vorzeigung jener mit des Stadtraths Unterschrift und öffentlichem Insiegel versehenen, und die Vermuthung der Legalität für sich habenden Schuldverschreibung bona fide creditiret hat, der hierdurch entstandene Schaden der klagenden piae causae durch das ganz illegale Verfahren des Stadtraths bey Ertheilung des gerichtlichen Consenses ohne allem Zweifel zugefügt worden sey.

§. 16.

Hingegen kann dasjenige, was nach dem Inhalt der Zweifelsgründe zur Entschuldigung des Stadtraths angeführet worden, in keine Betrachtung kommen, wenn man zuförderst bedenkt, daß bekannten Rechten nach die pflichtmäsige Verwaltung des richterlichen Amtes in Ab-

sicht

sicht auf die Geschäfte, welche Sachen der willkührlichen Gerichtsbarkeit betreffen, überhaupt darin bestehet, daß der Richter, und zwar von Amtswegen dafür sorge, daß 1) nichts, so zu des Geschäfts Gültigkeit gehört, verabsäumet werde; 2) in Absicht auf dasjenige, so zu der Interessenten Schaden oder Vortheil gereicht, solcher, die nicht selbst für ihr Bestes sorgen können, Schaden abgewendet, und derselben Vortheil befördert werde; und 3) daß das von ihm über das vorgegangene Geschäft ausgestellte Zeugniß der Wahrheit gemäß sey [11]. Daß nun in Gemäßheit dieser Grundsätze der Stadtrath zu der von ihm in dem vorliegenden Falle unterlassenen Untersuchung allerdings rechtlich verbunden gewesen, kann um so weniger mehr einem gegründeten Zweifel unterworffen seyn, da einmal von der Richtigkeit des Hauptgeschäfts und der gesetzmäsigen Willenserklärung der in dem Consens aufgeführten Schuldnerin und ihres Curators die ganze Gültigkeit der zu bestätigenden gerichtlichen Hypothek abhing; und dann zweytens hier wohl erwogen werden muß, daß der Gläubiger, welcher eigentlich die fürstliche milde Casse ist, zu denienigen Personen gehört, so den Minderjährigen gleichgeachtet werden, für welche der Richter bey denen dieselben betreffenden Geschäften von Amtswegen zu sorgen, und allen Nach-

11) Nettelbladts Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit 1. Th. 1. Hptst. 1. Abschn. 2. Tit. §. 57.

Nachtheil, welcher sie betreffen könnte, so viel möglich, abzuwenden, vermöge ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze verbunden ist [12]. Woraus sich denn von selbst ergiebt, daß der Richter, welcher hierin seine Pflicht nicht erfüllet hat, den durch nachläßige Verwaltung seines Amtes solchen Personen verursachten Schaden zu ersetzen, von Rechtswegen gehalten sey [13].

§. 17.

Bey diesen Umständen kommt daher dem beklagten Stadtrath die oben angeführte Meinung einiger Rechtsgelehrten, als ob eine Obrigkeit, welche einen Contract bestätiget, die Richtigkeit desselben zu untersuchen nicht verbunden sey, wenn auch nicht schon ohnedem der Unterschied zwischen der blosen willkührlichen Bestätigung eines Contracts, und der gesetzlich vorgeschriebenen obrigkeitlichen Consensertheilung in die Bestellung einer öffentlichen Hypothec in die Augen leuchtete, eben so wenig zu statten, als die vom Mevius am angeführten Ort entlehnte Regel: iudex officium suum non impertitur, nisi imploratus, als welche überhaupt manche Aus-

12) Reichs-Policeyordn. vom Jahr 1577. Tit. 32. §. 4. Claproths theoret. practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen 1. Absch. §. 20.

13) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. CCCXLIII. medit. 5. et 6.

Ausnahme leidet [14]), hier zur Anwendung kommen kann. Und wenn gleich freylich die persönliche Gegenwart des Schuldners bey Bestellung eines gerichtlichen Unterpfandes nicht absolut nothwendig ist, sondern dabey auch ein anderer in desselben Namen vor Gericht erscheinen kann; so ist doch allgemein bekannten Rechtens, das in einem solchen Falle kein anderer Bevollmächtigter des Schuldners zugelassen werden darf, als der mit einer besondern, und unbezweifelten Vollmacht versehen ist [15]). Da nun dergleichen nach dem eigenen Geständniß des beklagten Stadtraths diejenigen Personen nicht vorzuzeigen vermocht, welche die Ausfertigung des Consenses für die Wittwe Göfingin vor Gericht bewirkten; so kann folglich die von Seiten des Stadtraths durch Zulassung solcher nicht legitimirter Personen zu Schulden gebrachte Verabsäumung gesetzlichen Verfahrens auf keine Weise entschudiget werden.

§. 18.

Ob nun zwar ebenfalls nicht zu läugnen ist, daß es dem Administrator der milden Casse auch seiner Seits obgelegen, bey der Auszahlung des Geldes vorsichtiger

14) S. Ott. Phil. ZAUNSCHLIFFER Comm. de officio iudicis suppletorio P. I. Concl. V. §. 4. und Iust. Henn. BOEHMERI Diss. de iudice procedente ex officio. Halae 1712.

15) ERXLEBEN cit. Princip. de iure pignor. §. 53.

ger zu seyn, und die Zahlung entweder an die Gö**kingin** selbst, oder an einen von ihr besonders Bevollmächtigten zu leisten; so kann dennoch das durch Unterlassung dieser Vorsichtigkeit begangene Versehen des Administrators, da solches blos eine Folge des auf die Legalität des Stadtraths gesetzten Zutrauens war, im Verhältniß der von Seiten des Stadtraths zu Schulden gebrachten gesetzwidrigen Pflichtunterlassung nur ein **geringes Versehen** genennt werden, welches, wenn auch durch bessere Vorsicht des Administrators der Betrug noch hätte verhütet, und der Fehler des Stadtraths wieder gut gemacht werden können, dennoch um deshalb eher Entschuldigung verdient, weil doch der Administrator unstreitig mehr Ursache hatte, dem Vorzeiger und Aushändiger einer gerichtlichen Urkunde zu trauen, als der Stadtrath, der diese Urkunde auf das bloße Anbringen nicht legitimirter Personen ausfertigte.

§. 19.

Endlich ein weiterer Beweiß, daß die in dem mehrgedachten Consense verschriebenen 100 Rthl. auf solchen wirklich ausgezahlet worden, ist auch nicht mehr nöthig, da nach gemeinen Rechten der Besitz eines Schulddocuments, welches über zwey Jahr alt ist, schon an sich die geschehene Auszahlung des Geldes erweiset [16]. Daß übrigens das Collegium, welches nicht

16) L. 14. pr. Cod. de non numerata pecun.

nicht ausstirbt, die Fehler seiner Glieder, sofern bloß von Schadensersetzung die Rede ist, vertreten müsse, und um so mehr, wenn es dieselben zu rechtfertigen sucht, und hierdurch das Versehen seiner Antecessoren zu seiner eigenen Handlung macht, ist bekannten Rechtens [17]), obwohl den übrigen von demjenigen, welcher etwas verschuldet, ihre Entschädigung zu fordern unbenommen ist.

§. 20.

Da also die Verbindlichkeit des Stadtraths zur Vertretung auf solche Art außer Zweifel ist, so kommt es nur noch auf die oben aufgeworfene zweyte Frage an: ob die Regreßklage schon jetzt gegen denselben statt finde, oder ob nicht zuförderst gegen die Erben des verstorbenen Administrators Schroth, der das Geld auf den mehrgedachten Raths-Consens ausgezahlet hat, zu klagen sey? Letzteres ist darum billig zu verneinen, weil die Erben eines Cassenverwalters nach der richtigern und auch in der Praxis angenommenen Meynung der Rechtsgelehrten, nur eine grobe

17) L. 4. D. de magistr. conven. L. 11. pr. D. ad municipal. L. 7. §. 2. D. quod cuiusq. univers. nom. L. 1. et L. 2. Cod. quo quisq. ord. conven. L. 5. Cod. de Fabricens. Io. Flor. RIVINI Diss. de culpa ab uno collegarum commissa a toto collegio praestanda. Lipsiae 1742. Christph. Lud. CRELL Diss. de Senatoribus et quatenus ex eorum factis civitas teneatur? Vitemb. 1737. §. 12. sq.

Nachläßigkeit ihres Erblassers zu vertreten haben [18]), für welche aber diejenige Unachtsamkeit, so der verstorbene Administrator Schroth bey der Auszahlung des Geldes zu Schulden kommen lassen, wie aus den (§. 18.) vorgetragenen Gründen unstreitig erhellet, keinesweges zu halten ist, daher auch in dieser Hinsicht die Klage gegen den Stadtmagistrat vollkommen gegründet ist.

18) Arg. L. 1. Cod. de heredib. tutor. STRYK Us. Mod. Pandectar. Lib. XXVII. Tit. VII. §. 6. Frid. Es. a Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 26. Joh. Christ. Rebmann von dem gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Rechnungs-Angelegenheiten (Erlangen 1789. 4.) 1. Hauptth. 1. Absatz §. 14. S. 23.

XXIII.

XXIII.

Rechtliches Gutachten, vorzüglich über die Fragen: ob zur Gültigkeit eines in einer unmittelbaren Reichsadelichen Familie errichteten Fideicommisses die kaiserliche und der Lehenhöfe Bestätigung erforderlich sey? und, ob die Nachkommen die von ihren Voreltern in einem Nothfall veräusserten Fideicommißgüter gleichwohl zurück zu fordern befugt seyn?

§. 1.

Im Jahr 1643. verkaufte der Freyherr Wilhelm Christoph Adelmann von Adelmannsfelden, an Herrn Dechant und Gemein-Capitel des fürstlichen Stifts Ellwangen, seine zween Erbhöfe und sieben Erblehen zu Rambsenstruth, ingleichen seine Erbhöfe zu Bronnen und einen Wald, das Geschöll genannt, mit Einwilligung des fürstlich Ellwangischen Lehnhofes, von welchem diese Stücke damals noch Lehen waren. Zugleich verkaufte er an eben dieselben seine noch übrige zwey Güter zu Bronnen, die von der Grafschaft Hohenlohe zu Lehen rühren, jedoch, soviel diese betrift nach den Worten des Kaufbriefes, in der Maaße, „daß, weil solche ohne Lehenherrlichen Consens nicht alienirt werden könnten, die Herren Käuffer und ihre Nachkommen,

dieselben statt des Verkäufers und seiner Lehenserben, in so lang inhaben, nutzen und nießen sollten, bis durch Abgang des Verkäufers Lehensdescendenz, die Güter an die Grafschaft Hohenlohe zurück fallen werden, in welchem Fall das Capitel die beyden Güter an die Grafschaft abzutretten, des Verkäufers Erben aber schuldig seyn sollten, gedachtem Kapitel dagegen das Gütlein zu Bommertzweiler eigenthümlich einzuräumen, wo im übrigen immittelst der Verkäufer und seine Lehenserben, die Lehenschaft gegen die Grafschaft Hohenlohe ordentlich zu vertreten hätten." Dieser Kaufcontract wurde von dem R. Ritter Ort am Kocher, welchem diese Güter einverleibt sind, genehmiget, und dem Kaufbrief dessen Canzlei-Insiegel aufgedruckt. Zur Zeit der vorgegangenen Veräußerung hatte der Verkäufer keine Agnaten, wohl aber einen 1640 gebohrnen Sohn, welcher aber solche nie angefochten hatte, und in der Folge Probst zu Ellwangen wurde. Im Jahr 1651. wurde ihm noch ein zweyter Sohn, namens Wilhelm, gebohren. Auch dieser und sein Sohn hielten sich ruhig. Aber sein Enkel, und also des Verkäufers Urenkel, der kaiserl. Cammerherr, fürstl. Ellwangischer Geheimer Rath und Hofmarschall, dann Ritterrath, Herr Joseph Anselm Freyherr von Adelmann forderte jene von seinem Urgroßvater veräußerte Güter aus dem Grunde zurück, weil sie Adelmännische Stammgüter wären, und zu dem Fideicommiß dieser Familie gehörten. Er erbot sich zu-

gleich freywillig den Kaufschilling zurück zu zahlen und die an Zahlungsstatt mit übergebenen Güter zu Kirnhard und Reichartshofen, nebst der Röthenmühle ebenfalls, jedoch unter der Bedingung zurück zu geben, wenn ihm vorher die Verbesserungskosten vergütet werden würden. Da sich das Kapitel zur Wiederabtretung der erkauften Güter nicht verpflichtet zu seyn glaubte, so wurde im Jahr 1778. beym kaiserl. Reichs Hofrath Klage gegen dasselbe angestellt. Das Capitel verlangte 1779. von der Facultät ein Gutachten über mehrere Fragen, wovon ich aber nur drey vorlege, indem die übrigen blos Nebendinge zum Gegenstand hatten.

§. 2.

Das mehr gedachte Capitel bemühte sich, theils die Gültigkeit des in Frage stehenden Fideicommißes aus verschiedenen Gründen zu bestreiten, theils die Fideicommißarische Eigenschaft der veräußerten Güter in Zweifel zu ziehen. Daher war die erste Frage:

Ob das Fideicommiß der Freyherrlich von Adelmannischen Familie auf eine zu Recht beständige Art errichtet worden, und jene veräußerte Güter unter dem Fideicommiß mit begriffen seyn?

Der erste gegen die Gültigkeit dieses Fideicommißes aufgestellte Grund wurde in den Mangel der kaiserlichen Bestätigung gesetzt. Daß viele Reichsständi-

sche und andere unmittelbare Familien ihre Hausgesetze überhaupt, und insbesondere ihre Fideicommißarische Dispositionen vom Kaiser haben bestätigen lassen, und daß solches namentlich in dem 16. Jahrhundert, wo das Adelmannische Fideicommiß errichtet worden, geschehen sey, ist unläugbar. Es fehlt auch nicht an ältern und neuern Rechtslehrern, welche die kaiserl. Confirmation der Hausgesetze in solchen Familien für unumgänglich nothwendig halten [1]). Das Capitel suchte die Nothwendigkeit der kaiserlichen Bestätigung selbst aus jener Stelle der kaiserl. Wahlcapit. [2]) zu erweisen, worin der Kaiser verspricht, Churfürsten, Fürsten und Stände, (die unmittelbare freye Reichsritterschaft mit eingeschlossen,) ihre Regalien — die vor diesem unter ihnen, denen Reichsconstitu-

1) Zasius Consil. Lit. 2. Cons. 1. num. 42. Oper Tom. 6. pag. 280. Otto de iure publico imp. rom. Cap. 11. p. 404. Reinkings tract. de regimine seculari et ecclesiastico Lib. I. Cap. 18. num. 4. sqq. Ertels observationes illustres iuridico-equestres. Tom. I. Obs. 13. pag. 118. Franz Ludwig Grafens von Oettingen diatriba de fideicommissis Cap. 3. §. 13. Not. *)

2) Wahlcapitul. K. Joseph II. Art. 1. §. 9. In den neuesten Capitulationen heißt es: die sowohl vor, als auch nach diesem Wahlvertrag gemachten und noch in Zukunft vermöge der ihnen zustehenden Rechte zu machenden, den Reichsgesetzen, besonders dem Westphälischen Frieden gemässen Unionen.

stitutionen gemäß, gemachte Uniones, zuförderst aber die unter Churfürsten, Fürsten und Ständen aufgerichtete Erbverbrüderungen — Gebräuche und gute Gewohnheiten, so sie bishero gehabt, oder in Uebung gewesen, — auf gebührendes Ansuchen, ohne Weigerung und Auffenthalt, in beständiger Form zu confirmiren, sie auch dabey als römischer König zu handhaben und zu schützen. Da man unter dem Ausdruck Unionen, auch Familienverträge mit zu verstehen pflegt [3]), so vermeinte das Capitel, es wäre in dieser Stelle die allgemeine Regel enthalten, daß kein Familiengesetz, oder Disposition in unmittelbaren Familien eher für verbindlich anzusehen sey, bis es vorerst durch die kaiserliche Confirmation seine Kraft und Würkung erhalten hätte. Daß auch der kaiserliche Hof noch in neuern Zeiten ähnliche Grundsätze behauptet habe, wird aus der Geschichte des Bayerschen Succeßionsstreites erinnerlich seyn. Daneben sollte die Nothwendigkeit der kaiserlichen Bestätigung bey Fideicommißen unmittelbarer Personen damit bewiesen werden, weil die Reichsstände in ihren Ländern ebenfalls die Befugniß hätten, die Fideicommißarische Dispositionen ihrer Diener, Bürger und Unterthanen zu bestätigen [4]). Es ist nicht zu läugnen, daß dergleichen Fideicommißerrichtungen öfters, besonders in bürgerlichen Familien,

 statt

3) Mosers Anmerkungen zu K. Franz des ersten Wahlcapitulation, 2. Th. S. 18.

4) Des H. Grafen v. Oettingen diatr. §. 13.

statt wohlthätiger, sehr nachtheilige Folgen haben, und Irrungen erregen können [5]), welchen, wenn sie der Landesherrlichen Bestätigung unterworffen sind und also eine Untersuchung vorhergehen muß, vorgebeugt werden kann. In einigen teutschen Landen wird auch würklich zur Gültigkeit eines Familien Fideicommißes die Landesherrliche, oder doch die gerichtliche Bestätigung erfordert [6]).

§. 3.

Zweytens wollte die Gültigkeit des Fideicommißes unter dem Vorwand angefochten werden, weil die Familie solches nie öffentlich hätte bekannt noch den höchsten Reichsgerichten insinuiren lassen, und einige Freyherren von Adelmann gegen das Fideicommiß gehandelt hätten, woraus die Folge gezogen wurde, daß die Familie selbst auf dessen Rechtsbestand nicht viel gebaut habe. Das Capitel bezog sich auf die Klagschrift, worinn der Herr Kläger sehr beklagte, daß seine Vorfahren stetshin ein und anders Pertinenzstück dieser Güter veräußert hätten. Der dritte nach der Mei-

5) Gonnens Schädlichkeit der Fideicommiße in bürgerlichen Familien, in Erlangischen gelehrten Anzeigen vom J. 1744. Num. 6.

6) Wovon in der Oettingischen Schrift am ang. Ort und in Heinr. Hersemeyers Diss. de pactis gentilitiis familiarum illustrium atque nobilium Germaniae ex rationibus autonomiae earum familiaris privatae strictim atque unice diiudicandis pag. 36. 37. Beyspiele vorkommen.

Meinung des Capitels wichtige Grund bestund darinn, daß die Mitbewilligung der Lehenherrschaften nicht nachgesucht worden wäre, welche doch zu solchen Fideicommißarischen Verordnungen um so mehr nothwendig sey, als der Vasall einseitige Dispositionen über die Lehen zu errichten keine Befugnis haben 7). Das Capitel behauptete, daß durch die unterlassene Einholung der Lehenherrlichen Einwilligung die ihm gebührende Achtung geschwächt würde: daß die Fideicommisse die Consolidation und den Heimfall der Lehen erschwerten, und weil nunmehr keine Veräusserung an Fremde weiter statt finde, auch der Lehenherr um die Laudemialgebühren, die er sonst zu beziehen Gelegenheit gehabt hätte, gebracht würde. Uebrigens wurde zum Beweis, daß die in Streit gezogene Güter, wenigstens zum Theil, nicht einmal zum Adelmännischen Fideicommiß zu rechnen wären, angeführt, daß einige der verkauften Güter lediglich Bauerngüter seyn, die ehehin von Unadelichen besessen worden, welche die altadeliche Familie von Adelmann unter ihre Namens- und Stammgüter schwerlich zählen werde.

§. 4.

Soviel nun den ersten Grund betrifft, so ist nicht in Abrede zu stellen, daß die kaiserliche Bestättigung der Successionsordnungen, Erbverträge u. s. w. überhaupt

7) 1. F. 8. in princ. v. Neumanns comment. de hereditatibus et successionibus principum Sect. 4. Tit. 23. §. 518.

haupt der Hausgesetze in Reichsständischen und vorzüglich in Familien des unmittelbaren Reichsadels in mehrerer Rücksicht räthlich und nützlich seyn könne, besonders, um bey künftig allenfalsigen Widerspruch um so gewisser Schutz bey dem Besitz zu erlangen [8]). Wenn es aber auf das, was Rechtens ist, ankommt, so muß nothwendig dieser in der Natur der Sache gegründete Unterschied gemacht werden. Daferne die in einer einzelnen Familie errichtete Disposition zugleich die Reichslehen in der Maaße zum Gegenstand hat, daß die Succeßion auf Personen erstreckt werden soll, die bisher nicht succeßionsfähig waren, z. B. wenn ein

Reichs

8) Knipschildts tract. de fideicommissis familiarum nobilium Cap. 6. num. 243. sqq. v. Selchows elementa iur. publ. Tom. 2. §. 477. Mosers Familien Staatsrecht 1. Th. 13. Cap. §. 33. Der Hr. Geh. Rath von Selchow in der Einleitung in den R. Hofr. Proc. 1. B. Tit. 11. §. 2. S. 146. u. f. schreibt von der unterlassenen kaiserlichen Bestätigung der Familien- und Erbverträge: „Nur ist freylich richtig, daß die Reichsgerichte, besonders der R. „Hofrath nicht gerne in solchen Fällen darnach sprechen. „Mächtige Stände wissen sich nun zwar über diesen Widerspruch hinaus zu setzen, allein die mehresten haben allerdings Ursache, die Sache nicht so genau zu suchen, „sondern aus Grundsätzen der Staatsklugheit, eine Confirmation zu begehren, welche sie sichert, daß dereinst darauf gehalten und gesprochen werde.“ Deswegen machen einige, z. B. H. D. Hersemeier a. a. O. S. 114. u. f. einen Unterschied zwischen der absoluten und hypothetischen Nothwendigkeit der kaiserl. Bestätigung, und läugnen zwar jene, behaupten aber diese. Indessen ist diese sogenannte hypothetische Nothwendigkeit doch nichts anders, als Regel der Klugheit.

Reichs Mannlehen in ein Weiberlehen verwandelt werden, oder sonst etwas geschehen soll, das den Oberlehenherrlichen oder andern Rechten des Kaisers und Reichs zum Nachtheil gereichet; da versteht sich freylich von selbst, daß eine solche Disposition ohne allerhöchste und nach den Umständen auch des Reichs Einwilligung nicht bestehen kann, folglich dem Kaiser zur Bestätigung vorgelegt werden müsse. Dahin gehört ferner, wenn verschiedene Familien Erbverbrüderungen oder Verträge mit einander errichten, worinn sie sich die Succession in ihre besitzende Reichslehen bedingen, wo die Nothwendigkeit der kaiserl. Oberlehenherrlichen Einwilligung ausser Zweifel 9), auch dem Herkommen mehrerer Jahrhunderte gemäß ist 10), wiewohl heut zu Tage, wenn eine Erbverbrüderung grössere Reichslehen betrift, der kaiserl. Consens nicht einmal hinlänglich, sondern eben das zu beobachten ist, was die Wahlcapitulation von Anwartschaften auf solche vorschreibt 11). Allein bey andern Familien Dispositionen

9) Stryks tract. de successione ab intestato Diss. 8. Cap. 7. §. 18. Rudloff de pactis successoriis illustrium et nobilium Germaniae, speciatim iis, quae pacta confraternitatis adpellantur §. 40.

10) Hier verdient vorzüglich nachgelesen zu werden, H. Prof. Haselberg in P. I. comment. de confirmatione Caesarea pactorum confraternitatis aliorumque quorum interest consensu. Erl. 1792.

11) Rudloff l. c. §. 45.

nen, bey welchen die Reichslehen keinen Gegenstand ausmachen, wohin namentlich das Freyherrl. von Adelmannische Fideicommiß gehört, und welche auch sonst nichts enthalten, was den kaiserlichen oder des Reichs Rechten nachtheilig seyn könnte, kann die kaiserl. Bestätigung nur durch zufällige Umstände nöthig werden, z. E. wenn von der Einwilligung Minderjähriger die Frage ist, und also der Fall von des Kaisers Obervormundschaft eintritt [12]. Daß aber außerdem und der Regel nach, zur Gültigkeit eines Hausgesetzes, oder einer fideicommißarischen Disposition, welche in den Familien einzelner Reichsstände, oder der Mitglieder der unmittelbaren Reichsritterschaft errichtet wird, die kaiserliche Confirmation keine wesentliche Erforderniß sey, und daß wenn solche unterblieben ist, die Disposition keineswegs als unkräftig und ungültig angesehen werden könne, ist bereits von mehrern Gelehrten erwiesen worden [13]. Vorzüglich aber hat der Herr Geheime

Justiz-

12) Pütters primae lineae iuris privati principum speciatim Germaniae §. 49.

13) Strycks tract. de cautelis testamentorum C. 21. Membr. 1. §. 22. J. H. Böhmers diss. de fundamento pactorum familiae et fideicommissa inclinantium Cap. 2. §. 10. Reinharths Observationes ad Christinaei decisiones Vol. 6. Obs. 20. Runde de confirmatione Caesarea iuris primogeniturae in familiis illustribus Germaniae imprimis intuitu feudorum imperii §. 14. Joh. Christoph Richter de fideicommissis familiarum illustrium et nobilium Germaniae ad habitum et mores hodiernos spectatae pag. 106. sq.

Justitzrath Pütter [14]) mit einleuchtenden Gründen dargethan, daß in dergleichen Familien, vermöge der ihnen zustehenden Autonomie, auch ohne hinzukommende kaiserl. Bestätigung jede Succeßionsordnung gültig und verbindlich sey, welche entweder von dem ersten Erwerber, oder in der Folge von einem neuen Haupte seiner Familie, oder Vertragsweise von den Gliedern derselben, wenn es nur an den erforderlichen Consens der Interessenten nicht fehlt, gemacht worden ist, und daß die gegenseitige Meynung der ältern Rechtslehrer, wodurch sich manche Familien haben hinreißen lassen, lediglich auf einem Irrthum und auf einem durch die Einführung des römischen Rechts entstandenen Vorurtheil, daß Erbschaftsvergleiche keine rechtliche Gültigkeit hätten, beruhe. Es hindert nichts, daß man nach anerkannten Irrthum doch noch Fideicommiße und andere Successionsordnungen vom Kaiser hat confirmiren lassen. Denn dergleichen kaiserliche Bestätigungen wurden nicht aus Schuldigkeit, sondern eben wegen gehofter mehrerer Sicherheit und aus einem unschädlichen Ueberfluß gesucht [15]). Ein Herkommen, wodurch die Noth-

14) Auserlesene Rechtsfälle 2. B. 1. Th. §. 130—143. Primae lineae iur. priv. princ. §. 15. wo auch Not. h) dessen übrige hieher gehörige Schriften angeführt sind.

15) v. Ludewigs Erläuterung der güldenen Bulle 2. Th. S. 450. Daselbst, und vom H. Hofr. Runde a. a. O. wird die in Springsfeldt tr. de apanag. befindliche Urkunde Ferdinands II. über die Bestätigung der Hessencasselischen

Nothwendigkeit der kaiserlichen Bestätigung begründet werden könnte, kann aus solchen freywilligen Handlungen einzelner Familien, die andern nicht zur Richtschnur dienen können, durchaus nicht hergeleitet werden [16]; zumal den Fällen, wo sie gesucht worden, eine eben so beträchtliche Anzahl anderer, wo sie unterblieben ist, entgegen stehet [17]. Selbst solche Rechtslehrer, welche die kaiserl. Confirmation für nöthig halten, getrauen sich nicht die Gültigkeit der Hausgesetze, des Mangels derselben ungeachtet, schlechthin zu bestreiten [18]. Eben so

lischen Primogenitur vom J. 1628. angeführt, worinn die Worte vorkommen: „es würde zwar ohnedies sothanes „Primogenitur=Recht seinen Stand und Richtigkeit haben, „auch hinführo dabei verbleiben; allein der zanksüchtigen „Welt Spaltungen und Irrung halber und weil andere „dergleichen Confirmationsbriefe hätten, habe man solchen „Kaiserlichen Consens auch einholen wollen. cum superflua „non noceant. Diese Urkunde ist um so mehr merkwürdig, da sie mit der behaupteten Nothwendigkeit der kaiserlichen Bestätigung in offenbaren Widerspruch steht.

16) v. Selchow a. a. O. der Einl. zum R. H. Proc.

17) Moser im Familien Staatsrecht 2. Th. Cap. 18. §. 125. meldet unter andern: „daß man nicht zu viel sagt, wenn „man behauptet, daß in der Reichs=Hofraths=Registratur „mehr als hundert Exempel zu finden seyn werden, daß in „contradictorio auf unconfirmirte Familienverträge ge„sprochen worden sey, und von dem Cammergericht sollte „nicht weniger leicht eine ziemliche Anzahl zu sammlen „seyn." Er führt auch selbst einige Beyspiele an.

18) Gail pract. Observ. Lib. 2. Obs. 127. num. 1. v. Ludolfs tract. de introductione iuris primogeniturae, part. spec. §. 13. num. 11.

so wenig kann die Nothwendigkeit der kaiserl. Bestätigung aus der angezogenen Stelle der Wahlcapitulation erwiesen werden. Denn gesetzt auch, daß unter dem Wort Unionen die Hausgesetze einzelner Familien mit zu verstehen seyn, so macht sich der Kaiser in dieser Stelle lediglich nur verbindlich, diese Unionen, wenn sie den Reichsconstitutionen gemäß sind, auf gebührendes Ansuchen, ohne Weigerung und Auffenthalt, in beständiger Form zu confirmiren. Es wird also voraus gesetzt, daß die Interessenten um die Confirmation angesucht haben, und daß solches auf gebührende Art geschehen sey. Keineswegs aber kann aus dieser Stelle geschlossen werden, daß sie ansuchen müssen, oder daß kein Familiengesetz für gültig anerkannt werden soll, als welches von Ihro Kaiserl. Majestät seine Bestätigung erhalten hat [19]. Der Ungrund einer solchen Auslegung ergiebt sich sofort aus dem Art. 11. §. 2. der Wahlcapitulation. Hier verspricht der Kaiser dieselben, nämlich Churfürsten, Fürsten und Stände

19) Um für die Zukunft allen Mißdeutungen des Ausdrucks auf gebührendes Ansachen vorzubeugen, hat, ausser einem von Chur-Sachsen gemachten Vorschlag, insonderheit Chur-Brandenburg bey Verfertigung der Wahlcapitulation K. Leopolds des II. den Antrag gemacht, statt jener Worte zu setzen: wenn darum auf gebührende Art angesucht worden wäre. Es blieb aber wegen der eingetretenen Stimmengleichheit beym Text. Hr. Hofr. Häberlins pragmatische Geschichte der neuesten kaiserlichen Wahlcapitulation, S. 46. 47.

de des Reichs, die unmittelbare Reichsritterschaft mit begriffen, und andere Rechtsvasallen, mit der Edition der alten pactorum familiae nicht zu beschwehren, vielweniger die Reichsbelehnung wegen erstgedachter Edition der pactorum familiae (welchen jedoch, wenn sie nach den Reichsgrundgesetzen, auch habenden und gleichfalls Reichsconstitutionsmäßigen kaiserl. Privilegien aufgerichtet, durch dergleichen Belehnungen an ihrer Validität und Verbindlichkeit nichts abgehen soll) — aufzuhalten. Soll also der Kaiser die Reichsstände und die unmittelbare Reichsritterschaft mit der Edition der Familienverträge, (den sich von selbst verstehenden Fall eines entstandenen Rechtsstreites, der ohne die Vorlegung solcher Urkunden nicht entschieden werden kann, ausgenommen), nicht beschweren, so können sie noch viel weniger für verbunden erachtet werden, ihre Familienverträge und andere Successions- und fideicommißarische Verordnungen zur kaiserl. Confirmation vorzulegen. Sodann entscheidet diese Stelle ganz deutlich, daß zur Gültigkeit der Hausgesetze genug sey, daß sie nach den Reichsgrundgesetzen und denen solchen gemässen kaiserl. Privilegien aufgerichtet worden. Aber einer zu deren Rechtskraft erforderlichen kaiserlichen Bestätigung wird mit keinem Wort gedacht [20]. Auch nach

20) Mosers Betrachtungen über die Wahlcapitulation K. Josephs II. 2. Th. S. 43. Die ganze Absicht dieser Stelle ist gleich Anfangs dahin gegangen, die Gültigkeit der Successions-

nach der Reichs Hofr. Ordnung [21]) ist die Vorlegung nur erforderlich, wenn um Bestätigung gebeten wird.

§. 5.

Die angeführte Analogie der angeblichen Verbindlichkeit Reichsständischer Unterthanen ihre Fideicommiße von der Landesherrschaft bestätigen zu lassen, ist ganz ungegründet. Ein Landesherr kann zwar, wenn es das Wohl des Staats würklich erfordert, die Freyheit der Unterthanen, Fideicommiße zu errichten, einschränken [22]). Allein der Regel nach, wo nicht in einzelnen Landen durch die Landesgesetze ein anders eingeführt ist, sind landsäßige Edelleute und bürgerliche Personen, ihre Fideicommiße zur Landesherrlichen Confirmation vorzulegen nicht schuldig. Es bleibt ihnen vielmehr billig die natürliche Freyheit, ihre Familienangelegenheiten, ohne Landesherrliche Bestätigung, nach ihren Gutbefinden einzurichten [23]). Im Fall aber auch in allen Reichslanden Gesetze vorhanden

sionsgesetze gegen die Anmaßungen der höchsten R. Gerichte zu sichern. (v. Zenhs) gegenwärtige Verfassung der K. Regierung in Teutschland S. 94. Not. d)

21) Tit. 3. §. 15.

22) Hersemeier l. c. S. 31.

23) Pütter in der ang. Stelle der Rechtsfälle, §. 132. Mellmanns selecta capita doctrinae de fideicommissis familiarum nobilium ex iure Megapolitano et Slesvico-Holsatico illustrata, pag. 55. 63.

wären, wodurch die Unterthanen bey Strafe der Nichtigkeit verbunden würden, ihre Fideicommiße confirmiren zu lassen, so würde ja doch daraus keine Folge entstehen, das unmittelbare Reichsglieder das nämliche in Rücksicht auf den Kaiser zu beobachten hätten. Der zweyte gegen die Gültigkeit des Fideicommißes aufgestellte Grund ist von gar keiner Erheblichkeit. Die Freyherren von Adelmann waren weder schuldig, ihr Fideicommiß öffentlich bekannt zu machen, noch solches den höchsten Reichsgerichten zu insinuiren, da sie keine Bestätigung verlangten und vor gegenwärtigen Proceß darüber in keinen Rechtsstreit bey einem R. Gericht befangen waren. Die ältern Veräußerungen einiger zum Fideicommiß gehörigen Güter, geschahen entweder mit Einwilligung der Agnaten, oder in dem Fall, wo der Stifter des Fideicommißes die Veräußerung selbst erlaubte, oder auf keine von diesen beyden Arten. In den beyden ersten Fällen ist die Alienation mit Beyfall der Rechte geschehen, und in dem dritten konnte eine unerlaubte Handlung der Gütigkeit des Fideicommißes nichts benehmen, noch daraus geschlossen werden, daß die Familie auf dessen Rechtsbeständigkeit nicht viel baue. Der Mangel der lehenherrlichen Einwilligung in die Errichtung eines Fideicommißes, als der dritte, vermeintlich wichtige Grund, benimmt dessen Gültigkeit gar nichts, sobald darinn nichts gegen die Rechte der Lehenherrschaft vorkommt. In diesem Fall bedarf eine Disposition über das Lehen, die lediglich unter

Perso-

Personen, die unter der ersten Belehnung begriffen sind, errichtet wird, und ihre Succeßionsordnung oder andere die Wohlfarth und Erhaltung der ganzen Familie betreffende Vorschriften enthält, keiner Lehenherrlichen Einwilligung oder Bestätigung [24]. Das Longobardische Lehenrecht ist dergleichen Dispositionen gar nicht entgegen. Es erlaubt, ohne Lehenherrliche Einwilligung, das Lehen in Gemeinschaft zu behalten, es einem Miterben anzuweisen, der die übrigen mit Geld oder auf andere Art abfindet, und dasselbe, mit alleiniger Ausnahm der feudorum regalium, zu theilen. Also kann es diesem Recht nicht entgegen seyn, wenn ohne des Lehenherrens Consens eine Succeßionsordnung, oder ein Fideicommiß eingeführt wird [25]. Der Text 1. F. 8. pr. gehört gar nicht hieher, sondern erklärt nur die letzte Willensverordnung eines Vaters für ungültig, welcher seinen Lehensfähigen Söhnen ihr Successionsrecht entziehen oder abändern will [26]. Keineswegs aber haben die Worte nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel

24) Böhmers principia iuris feudalis §. 295. 299. Püttmanns elementa iuris feudalis §. 502. Hersemeier l. c. S. 39. Consil. ICt. Hallens. Tom. 11. Lib. 2. Cons. 122. num. 16.

25) Rudloff de confirmatione Caesarea iuris primogeniturae §. 27.

26) Semmler über die Zuläßigkeit letzter Willensordnungen im Lehn §. 24. in Zepernicks Miscellaneen zum Lehnrechte 2. B. S. 381.

valento diesen Sinn, daß eine ohne Lehensherrliche Einwilligung errichtete Verordnung, oder Fideicommiß unkräftig seyn soll. Verlangt also kein Gesetz diese Einwilligung, so verletzt der Vasall, wenn er sie nicht sucht, die Achtung nicht, welche er seinem Lehenherrn schuldig ist. Der Nachtheil, welcher dem Lehenhofe durch eine fideicommißarische Disposition zugezogen werden soll, ist ganz unerfindlich. Es ist nicht einzusehen, wie dadurch der Heimfall des Lehens gehindert werden soll, da der Lehenherr das mit dem Fideicommiß belegte Lehen doch nicht eher consolidiren kann, bis keine Lehensfähige Nachfolger mehr vorhanden sind. Sollte eine Felonie begangen und dadurch eine temporelle Consolidation veranlasset werden, so kann das Fideicommiß den Lehnherrn an der Ausübung dieses Rechts nicht hindern. Eben so wenig kann sich der Lehnhof beschweren, daß durch ein Fideicommiß die Veräußerung des Lehens an Fremde verhindert, und ihm dadurch die Gelegenheit benommen wird, seine Einwilligung zu Veräußerungen zu ertheilen, und Laudemien zu erheben. Denn die Vasallen sind nicht schuldig Gelegenheit zu Vermehrung der Laudemialgelder zu geben. Uebrigens begreift das Adelmännische Fideicommiß alle liegende Güter, Lehen und Eigen, und nicht blos alte Stamm- und Namensgüter. Es hindert nichts, daß einige dieser Güter vorhin unadelichen Personen zugehört haben. Genug ist, daß sie nachher an die Herrn von Adelmann gekommen, und von dem

Stifter

Stifter des Fideicommißes zu den übrigen Fideicommißgütern gezogen worden sind.

§. 6.

Die zweyte Frage war:

Ob, des vorhandenen Fideicommißes ungeachtet, der Freyherr Wilhelm Christoph von Adelmann befugt gewesen, die in Frage stehenden Güter an das Capitel zu veräußern und ob also sein Urenkel solche zurückfordern könne oder nicht?

Die Gründe des H. Klägers waren folgende. Erstlich, weil diese Güter Mannlehen sind, welche der Vasall zum Nachtheil der künftigen Lehenfolger, die ihr Succeßionsrecht nicht von ihm, sondern von dem ersten Erwerber haben, nicht veräußern könne. Dergleichen Veräußerungen sind nichtig, und können von jedem Nachfolger, und selbst den eignen Descendenten wiederrufen werden [27]). Hiernächst fehle, in Ansehung der mit veräußerten beyden hohenlohischen Lehen, der Consens des Lehenhofes, weshalb die Freyherren von Adelmann bisher diese Lehen, ob sie solche gleich nicht besitzen, dennoch bey vorkommenden Fällen recognosciren mußten. Der Freyherr Wilhelm Christoph

27) v. Cramer Observ. iur. univ. Tom. 2. Obs. 485. 486. Tom. 4. Obs. 1220. Just. Ludw. Bechtold Böhmers diss. de filio vasalli successore in feudum Cap. 3. §. 5.

stoph hätte ferner diese Güter nicht erst selbst erworben, sondern sie wären altväterliche Güter, welches durch die Hohenstadter und Schechinger Lagerbücher von den Jahren 1585. und 1593. bewiesen wurde. Hauptsächlich aber wurde die unternommene Veräußerung um deswillen angefochten, weil die sämmtliche von Adelmannische Güter mit einem ewigen Fideicommiß belegt sind. Schon nach den ältesten Familiengesetzen Georgens von Adelmann vom Jahr 1502. und der beyden Brüder Wilhelm und Ludwig vom Jahr 1557. konnten die Güter nicht anders, als unter die Agnaten der Familie veräußert werden. Vorzüglich aber hat Wilhelm von Adelmann im Jahr 1576. des förmliche und feyerliche Fideicommiß und ewigen Erbvertrag, in der Gestalt eines Testaments unter seinen Kindern, mit Einwilligung seiner dreyen Söhne und dreyen Töchter errichtet, nach welchem auf alle Veräußerungen außer der Familie die Strafe der Nichtigkeit gesetzt worden. Diese fideicommißarische Disposition haben seine beyden Söhne Eberhard und Wolf Caspar im Jahr 1582. in der unter sich errichteten Erbtheilung ausdrücklich bestätiget. Dagegen konnte nichts hindern, daß der über die strittige Güter errichtete Kaufcontract von dem fürstlich Ellwangischen Lehenhof bestättiget, und dem Kaufbrief das Siegel der Reichsritterschaft Orts am Kocher angehängt worden ist, indem dadurch eine ungültige Handlung nicht gültig gemacht werden konnte, und weder der Lehnhof, noch der Rittercanton

waren vermögend der Nachfolger Rechte zu schmälern [28]. Ein weiterer Grund der Nichtigkeit der Veräußerung wurde darin gesetzt, weil der Freyherr Wilhelm Christoph, zur Zeit der Veräußerung, bereits einen dreyjährigen Sohn, namens Johann Christoph, gehabt, welchem unstrittig ein erworbenes Recht auf die veräußerte Güter zukam. Dieser konnte wegen seiner Minderjährigkeit in den Verkauf nicht einwilligen, und gleichwohl wurde ihm weder ein besonderer Curator zu dieser Handlung bestellt, noch von der Obervormundschaft, nach vorher angestellter Untersuchung, die Erlaubniß zur Veräußerung ertheilt. Nun war zwar des Verkäufers jüngerer Sohn, Wilhelm, von welchem der Herr Kläger, als seinem Großvater abstammt, zur Zeit des Verkaufs noch nicht, sondern erst im Jahr 1651. gebohren. Allein der Hr. Kläger gründete sich auf die von verschiedenen Rechtslehrern [29] behauptete Meinung, daß, weil das Lehen für alle Lehensfähige Nachfolger erworben und in einem Famillien Fideicommiß für alle Nachkommen, und also auch die Ungebohrnen gesorgt wird, Leztere mit den schon gebohrnen gleiche Rechte hätten, folglich denen zur Zeit der

28) Böhmer cit. diss. Cap. 2. §. 13.

29) Ebend. Cap. 2. §. 12. Joach. Erd. Schmidts diss. de fideicommissis, quae alienari possunt et non possunt §. 14. 34. v. Cramers Wetzlarische Beyträge, 2. Th. Num. 4. Westphals teutsches und R. Ständisches Privatrecht, II. Th. 57. Abh. §. 21. u. f.

Veräußerung noch nicht Gebohrnen allerdings das Recht zustehe, das von ihren Voreltern veräußerte Lehen- oder Fideicommißgut, der Einwilligung der lebenden Agnaten und bey Lehen des Lehenherrns ungeachtet, zu revociren. Unter diesen Umständen könne auch dem Revocanten keine Verjährung entgegen gesetzt werden, weil bey Succeßionen in Fideicommiße und Lehen, so viele Verjährungen nöthig wären, als Personen sind, und ein jeder gesetzlicher Nachfolger, wenn die Erbfolge an ihm kommt, die veräußerte Fideicommiß- und Lehengüter aus eigenem Recht dergestallt zurück fordern könne, daß ihm die Verjährung, welche seinen Eltern und Voreltern im Wege gestanden, nichts schade [30]. Bey Hrn. Klägers Vater komme noch der besondere Umstand hinzu, daß derselbe, während seiner 40 jährigen Güterbesitzung fast niemals auf solche gekommen, und zuletzt eine kaiserliche Administrationscomission auf sich gehabt und daher so wenig, als eine Zeitlang Herr Kläger selbst, von den vorhandenen Hausverträgen und Dispositionen etwas gewußt habe. Am wenigsten könnte Hrn. Kläger für seine Person die Einrede der Verjährung im Weg stehen, indem die Revocatorische Klage binnen 30 Jahren verjährt würde, nun aber dieser Zeitraum nicht verflossen sey, man möge von 1762 an rechnen, wo er in die Güter succedirte, oder von der Zeit an, wo er die Volljährigkeit erlangt hat

30) v. Cramer a. a. O. des W. B. §. 5.

hat, indem er zur Zeit der angestellten Klage im 51 Jahr seines Alters gestanden.

§. 7.

Allein aller dieser Gründe ungeachtet, war doch kein Recht, die veräußerte Güter zurück zu fordern, vorhanden. Bekanntermassen ist einem Vasallen die Befugniß das Lehen zu veräußern nicht schlechterdings genommen, sondern nur dahin eingeschränkt, daß er zuförderst keine Veräußerung an einem Fremden, ohne des Lehnherrn Erlaubniß unternehmen darf, und außerdem noch an die Einwilligung seiner Agnaten und Mitbelehnten gebunden ist [31]. In dem gegenwärtigen Fall hatte der Verkäufer außer einem dreyjährigen Sohn sonst keinen Agnaten, und dieser willigte in der Folge in die Veräußerung stillschweigend. Der fürstl. Ellwangische Lehenhof ertheilte seine Einwilligung ausdrücklich. Der Consens des Hohenlohischen Lehenhofes war darum nicht nöthig, weil die beyde Hohenlohische Lehen selbst nicht veräußert worden sind, sondern das Capitel zu Ellwangen nur die Nutzniesung in diesen beyden Lehen, statt des Wilhelm Christophs von Adelmann und seiner Lehenserben in so lange bekommen hat, bis durch Abgang der Lehensdescendenz, die Güter an die Lehenherrschaft zurückfallen würden. Da nun

31) 2. F. 39. pr. 42. 52. 55. pr. v. Senckenbergs primae lineae iuris feudalis P. 2. Cap. 11. §. 265.

nun zugleich festgesetzt worden ist, daß auf diesen Fall das Capitel die beyden Güter an die Grafschaft abzutreten schuldig seyn soll, so ist überall nichts zum Nachtheil dieses Lehenhofs vorgegangen, zumal da inzwischen der Verkäuffer und seine Lehenserben, die Lehenschaft gegen die Grafschaft Hohenlohe vertreten haben. Nun erlauben aber die Lehenrechte einem Vasallen zu seinem und seiner Descendenten Nachtheil, auch ohne des Lehenherrn Einwilligung, einem dritten die Nutzniesung in dem Lehen zu überlassen [32]. Ueberdieß hat sogar der Hohenlohische Lehnhof seine Einwilligung dadurch ertheilt, daß er von dem Stift über die Zurückgabe des Lehens keinen Revers angenommen hatte. Hiernächst sind auch nach teutschen Rechten Altväterliche- und Stammgüter an sich selbst nicht schlechterdings unveräußerlich, sondern es wird nur zu deren Veräusserung die Einwilligung der Kinder und Agnaten erfordert [33]. Nun hatte der Verkäufer, wie schon gedacht, außer einem Sohn,

32) 2. F. 8. pr. Schuberths diss. de valida feudi absque domini consensu a vasallo facta alienatione §. 12.

33) Joh. Aug. Hellfelds diss. de restricta illustrium alienandi facultate maxime quoad allodia avita Cap. 1. §. 8. 9. Bernhard Gottlieb Huldreich Hellfelds diss. de fideicommissis familiarum illustrium eorumque si alienata sunt revocatione §. 3. 4. 52. Brandt de natura bonorum avitorum §. 32. Jensen de libera bona avita alienandi facultate in Holsatia per speculam Saxonicum non restricta Cap. 2. §. 13. v. Cramers Wetzlarische Nebenstunden 18. Th. S. 78.

Sohn, damals keine Agnaten, deren Einwilligung er hätte suchen können. Sein dreyjähriger Söhn konnte seiner Minderjährigkeit halber, freylich nicht consentiren. Auch war ihm kein Curator bestellt. Allein er hat doch, nach erlangter Volljährigkeit in seinem ganzen Leben die Veräußerung nicht angefochten, sondern stillschweigend genehmiget, und diese stillschweigende Einwilligung ist genug [34]. Daneben stammte der Hr. Kläger nicht von diesem, sondern einem zweyten Sohn des Verkäufers ab, der erst acht Jahr nach der Veräußerung zur Welt gekommen ist. So viel nun aber das Adelmannische Fideicommiß betrift, so enthalten die ältern Dispositionen Georgens von Adelmann vom Jahr 1502. dann Wilhelms und Ludwigs der Adelmanne vom Jahr 1557. wie der Augenschein der überschickten Abschriften zeigte, gar kein Familien Fideicommiß, sondern sie bestimmen nur den Agnaten ein Vorkaufsrecht auf den Fall, wenn ein Mitglied der Familie etwas von seinen liegenden Gütern verkauft, folglich erlauben sie die Veräußerung. In dem solennen Fideicommiß Wilhelms von Adelmann, vom Jahr 1576, wurde §. 4. folgendes verordnet:

Nachdem ich diese meine Disposition, Satzung und Ordnung fürnemlich umb Ufnehmung, Wohlfahrt und Erhaltung willen des Adelmännischen Stammes

34) Stryk de cautelis testamentorum Cap. 21. membr. 2. §. 12.

mes und Namens fürgenommen, so ordne, setz und will ich, wenn offtermeldte meine drey Söhne, oder ihr Männliche Erben und derselben ErbesErben, nach meinen tödlichen Abgang hinführo über kurz oder lang, Eins oder mehr ihrer zugefallenen und ererbten liegenden Gütern, Lehen- oder Aigens, so von dem Adelmännischen Namen und Stammen an sie kommen, aus zugestandenen Nothfall, oder sonst anderer Ehehafften Ursachen halber veralieniren, verkauffen, oder sonsten verändern wollten, wie sich das fügte, so soll je einer dem andern dieselbe nach Würdigung, Aestimation und Anschlag Vierer von Adel, ihrer zu beederseits nechster und bester Freund wiederfahren und zustehen laßen — sonsten aber und außer obbemeldten Fall, sollen Vielgedacht meine Söhne und ihre Männliche Erben von liegenden Gütern auf frembde Personen und Geschlecht nichts veräußern, es geschehe gleich durch was Schein oder Titel es immer seyn möchte ꝛc.

§. 8.

Aus dieser Verordnung erhellet, daß zwar der Wille des Stifters des Fideicommißes dahin gehe, daß die liegende Güter bey der Familie verbleiben sollen. Er verstattet aber doch deren Veräußerung **aus zugestandenen Nothfall, oder sonsten anderer Ehehafften Ursachen halber**, jedoch mit der

Ein-

Einschränkung, daß die zu veräußernde Güter, den Agnaten, auf die zugleich wegen der Bestimmung des Kaufgeldes vorgeschriebene Weise, angeboten werden sollen. Da sich nun aber der Fall ereignen kann, daß entweder keiner von den Agnaten die Güter annehmen will, wozu keiner gezwungen werden kann, oder kein Agnat da ist, der sie annehmen kann und doch der Stifter im Nothfall, oder sonst wegen anderer Ehehafter Ursachen die Veräußerung eines oder das andere von den Fideicommißgütern erlaubt, so muß nothwendig sein Wille gewesen seyn, daß in diesem Fall die Alienation an einen Fremden geschehen darf. Solches ergiebt sich auch aus den Worten: sonst aber und außer obbemeldter Fäll sollen meine Söhne und ihre Erben von liegenden Güttern uf frembde Personen und Geschlecht nichts veräußern. Also ist die Veräußerung an fremde Personen nicht schlechterdings verboten. Diese Meynung des Stifters ist noch mehr aus dem §. 5. abzunehmen, wo es heißt; doch da es die Lehn betreffen würde; daß deshalben wie auch in obgesetzten Fall der Alienation, der Consens nach Ausweisung der Lehenrechten zuförderst ausgebracht und erlangt werden. Hierdurch ist hinlänglich genug zu erkennen gegeben, daß in dem oben bemerkten Fall die Veräußerung an Fremde verstattet seyn soll. Denn wenn ein Lehen an eine unter der Investitur begriffene Person veräußert wird, so bedarf es

kei-

keines Lehenherrlichen Consenses [35]). Es kam also nur noch darauf an, ob die im Jahr 1643. vorgegangene Veräußerung der Güter würklich aus einer dringenden Noth oder sonst aus einer ehehaften Ursache geschehen sey? Nicht nur in dem Kaufbrief bekennt der Verkäufer, er finde sich zum Verkauf bewogen, um seines bessern Nutzens und Frommens auch angelegener Nothdurfft willen, sondern das Capitel getraute sich auch, noch durch andere Urkunden zu erweisen, wie groß damals der Nothstand, sonderlich wegen dringender Schulden, gewesen sey, und daß durch den vorgegangenen Verkauf das Wohl der Freyherrlichen Familie selbst befördert worden, welche factische Umstände bey dem Gutachten nothwendig als wahr vorausgesetzt werden mußten. Die Vorschrift des Stifters, die Güter vorher den Agnaten anzubieten, konnte in deren Ermanglung nicht erfüllt werden, da der dreyjährige Sohn solche natürlicher Weise nicht kaufen konnte. Es war mithin die Veräußerung dem Fideicommiß nicht entgegen. Eben um deswillen brauchte man die Lehre [36]) nicht mit zu Hülfe zu nehmen, daß in einem wahren Nothfall, wo oft die Familie auf andere Art nicht gerettet werden kann, die Veräußerung der Fideicommißgüter, so weit es die Noth erfor-

35) Mevius Decis. P. 7. Dec. 247.

36) Richter cit. diss. nro 139. sqq. Moser von der teutschen R. Stände Landen S. 293.

erfordert, mit Einwilligung der Interessenten ohnehin den Rechten gemäß sey.

§. 9.

War sie also dem eigenen Willen des Stifters des Fideicommisses gemäß, so hatte der Urenkel des Freyherrn Wilhelm Christoph von Adelmann kein Recht die veräußerten Güter zurück zu fordern. Es ist zwar ganz richtig, daß der erste Erwerber eines Lehens und der Stifter eines Fideicommißes für alle seine Nachkommen sorgt. Auch leidet es keinen Zweifel, daß die Söhne die von ihrem Vater ohne ihre Einwilligung veräusserte Lehen und Fideicommißgüter zurückfordern können, ohne daß die Regel, daß die Kinder die Handlungen ihres Vaters sich gefallen lassen müßten, in diesem Fall anwendbar wäre. Allein die von einigen Rechtslehrern behauptete Meinung, daß ein mit Einwilligung der zur Zeit der Alienation vorhandenen Agnaten, veräußertes Fideicommißgut von den künftigen Nachfolgern, die zu jener Zeit noch nicht in der Welt waren, gleichwohl wenn sie die Ordnung der Succeßion trifft, zurück gefordert werden könnte, geht unstreitig zu weit, und ist schon von andern 37) hinlänglich widerlegt worden. Sie

37) B. G. H. Hellfeld de fideicommiſſis etc. §. 59. Beck de licita maioratuum et fideicommiſſorum familiarum nobilium alienatione Cap. 2. §. 17. Mellmann l. c. pag. 90. ſqq. Kephalides diſſ. de alienatione fidei-com-

Sie ist weder in römischen noch teutschen Rechten gegründet. Wenn letztere zur Gültigkeit der Veräußerung die Einwilligung der Intereßenten verlangen, so verstehen sie darunter die zur Zeit derselben vorhandenen Kinder und Agnaten [38]). Das römische Recht verwirft ausdrücklich die Klage, wenn das Fideicommiß mit aller Interessenten Einwilligung veräußert worden ist. Ulpian L. 120. §. 1. de legat. et fideic. 1. schreibt omnibus, quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam. Künftige noch ungebohrne Nachkommen können hier nicht in Anschlag kommen [39]). Der Begriff erworbener Rechte ist auf einen ungebohrnen Menschen unanwendbar. Er kann sich also, wenn er zur Welt kommt, nicht beschweren, daß ihm Rechte, die er bisher nicht gehabt, entzogen worden seyn. Der Stifter des Fideicommißes hat ihm zwar Rechte zugedacht. Aber diese müssen doch noch existiren. Sind nun diese Fideicommißgüter vor seiner Geburt bereits veräußert, so haben sie diese Eigenschaft nicht mehr. Ist vollends die

commissorum familiae vel sine consensu liberorum postea procreatorum licita. Erl. 1793.

38) Nettelbladts diss. de successore ex pacto et providentia maiorum ad facta ultimi defuncti licet eius heres sit praestanda non obligato Cap. 1. §. 7. v. Lyncker Respons. Vol. II. Resp. 146. num. 8. sqq.

39) Reinharth Obs. Vol. 6. pag. 52.

die Veräußerung schon geschehen, ehe noch der Vater und Großvater des Revocantens, mittelst welcher er doch seine Rechte erlangt, gebohren war, so konnten diese selbst nicht gehabte Rechte auf ihren Sohn und Enkel nicht transmittiren 40). Der Rechtssatz, daß die noch nicht gebohrnen mit den Gebohrnen gleiche Rechte hätten, ist auch nur von nascituris iam conceptis zu verstehen 41), welches Hrn. Klägers Großvater zur Zeit der Veräußerung nicht war. Am wenigsten läßt sich an ein Revocationsrecht der Nachfolger gedenken, wenn, wie in dem dermaligem Fall, der Stifter eines Fideicommißes die Veräußerung selbst erlaubt hat 42), da auf seinen Willen vorzüglich zu sehen ist 43). Ich will die Folgen gar nicht berühren, welche für die Sicherheit der Besitzungen des hohen und niedern Adels entstehen würden, wenn die Nachkommen, nach Verfluß von ganzen Jahrhunderten, wegen der von ihren Vorfahren veräußerten Fideicommißgüter, selbst in dem Fall, wo der Stifter des Fideicommißes die Veräußerung erlaubt hat, und die am Leben gewesene Agnaten damit zufrieden waren, mit einer Revocatorienklage ge-

40) Hellfeld l. c. §.59. 61. Mellmann l. c.

41) Struvs Syntagma iuris civilis Tom. I. Exerc. 3. §.3.

42) Nettelbladt cit. diss. §.6. Mein progr. de licita fideicommiss. alienatione §. 15.

43) Brandt c. l. §.64.

hört und die Erwerber solcher Güter zu deren Abtretung genöthiget werden sollten. Die Regel der Vorsicht welche einige anrathen, die Veräußerung von dem Regenten bestätigen zu lassen, würde nichts nützen. Denn nimmt man einmal die Meinung an, daß die Nachgebohrnen ein erworbenes Recht haben, welches ihnen niemand nehmen kann, so kann es ihnen auch der Regent nicht nehmen.

§. 10.

Endlich war die dritte Frage:

Was in dem Fall, wenn wider alles rechtliche Vermuthen, das Capitel dennoch vermüßiget werden sollte, die erkaufte Güter wieder abzutreten, der Herr Kläger alsdann zu prästiren schuldig sey?

Der Herr Kläger glaubte in diesem Fall, nach der Natur der von ihm angestellten Klage, den Rechten nach zu nichts gehalten zu seyn. Er sah es lediglich für eine Gefälligkeit an, wenn er sich gleichwohl erbiete, den bezahlten Kaufschilling zurück zu zahlen und die beym Verkauf an seine Familie an Zahlungsstatt mit übergebene Güter, nach vorgängiger Erstattung der erweißlich darauf gewannten Verbesserungskosten wieder abzutreten. Das Capitel hingegen hielte sich befugt,

außer

außer der Restitution des Kaufschillings und der an Zahlungsstatt mit abgetretenen Güter nicht nur den Ersatz dessen zu verlangen, was an den Herrn Fürsten für die Losmachung der Güter von dem Ellwangischen Lehensverhältniß bezahlt und sonst bey dieser Gelegenheit abgetreten worden ist; sondern dasselbe verlangte auch die Abtretung des Guts zu Bommertzweiler und wollte den Herrn Kläger noch aus dem Grund in Anspruch nehmen, weil die Güter, außer dem Lehensverhältniß für sonst gänzlich ohnverhaft verkauft, und also das Fideicommiß verschwiegen worden.

§. 11.

In dem Fall, wenn das Capitel vermüßiget werden sollte, die erkauften Güter wieder abzutreten, ist es nicht bloße Gefälligkeit, sondern Schuldigkeit des Herrn Klägers, sowohl die seiner Familie an Zahlungsstatt mit übergebene Güter zurück zu geben, wenn ihm vorher, wegen der erweißlich aufgewandten Verbesserungen Genugthuung geschehen ist, sondern auch das seinem Urgroßvater bezahlte Kaufgeld, nach dem Werth, den es zur Zeit des Verkaufs gehabt, zu ersetzen. Hierzu ist er schon allein darum verbunden, weil er nach Wiedererlangung der veräußerten Fideicommißgüter das Kaufgeld und die an Zahlungsstatt bekommene Güter, ohne Rechtsgrund in Händen behalten, und sich mit eines andern Schaden bereichern

würde [44]. Daß bey der Zurückzahlung auf den Werth, welchen das Geld zur Zeit des Contracts gehabt hat, gesehen werden müsse, ist ohnehin bekannten Rechtens [45]. Ferner muß er die Verbesserungen, welche inzwischen in den Gütern, deren Wiederabtretung er verlangt, vorgenommen worden sind, aus eben dem Grund vergüten, aus welchem er die Meliorationen der seines Orts abzutretenden Güter verlangt. Eben so liegt ihm auch die Vergütung dessen ob, was für die Befreyung der revocirten Güter von dem Ellwanger Lehensverhältniß hat bezahlt und sonst bey dieser Gelegenheit an den Landesregenten abgetreten werden müssen, indem der Herr Kläger durch diese Befreyung unstreitig gewonnen hat, und mit dem Schaden des Capitels sich bereichern würde, wenn er dafür keinen Ersatz leisten wollte. Hingegen konnte das Capitel, aus dem Grund, weil ihm zur Zeit des vorgegangenen Kaufhandels die fideicommißarische Eigenschaft der Güter verschwiegen worden, um deswillen nichts verlangen, weil es hier auf einen von dem Verkäufer zu Schulden gebrachten dolum ankam, wodurch dessen Descendenten nicht reicher geworden sind [46]. Eben so wenig konnte das Capitel

44) v. Cramers Beyträge a. a. O. §. 11. Hellfeld l. c. §. 49. Hr. Prof. Boehmer c. d. Cap. 3. §. 4. Richter c. d. S. 157.

45) Leyßer Medit. ad Pand. Vol. 3. Spec. 193. med. 9.

46) L. 17. §. 1. L. 26. 28. ff. de dolo malo.

Capitel die Abtretung des Allodialguts zu Bommertz-weiler begehren. Denn diese Abtretung war nur auf den Fall bedungen, wenn die Hohenloische Lehen dem Lehenhof heimfallen würden, welcher aber nicht eingetreten ist. Ueberdieß hört, sobald Hr. Kläger so glücklich ist mit seinem Gesuch durchzudringen, der im Jahr 1643. getroffene Vertrag von selbst auf, und fällt die bedungene eventuelle Cessio des Guts zu Bommertzweiler gleichfalls hinweg.

XXIV.

In wie ferne kann eine Geschwächte, die zu gleicher Zeit mit mehrern sich vergangen hat, die Ernährung ihres Kindes von sämmtlichen Stupratoren verlangen?

§. 1.

Es geschieht sehr häufig, daß ein Stuprator, wenn die Geschwächte Genugthuung und die Ernährung des Kindes von ihm fordert, der Klage die Einrede, daß sie zu gleicher Zeit mit mehrern zu thun gehabt habe, entgegen setzet. Ist diese Einrede gegründet, so kann freylich die Geschwächte für ihre Person keine Genugthuung verlangen [1]). Aber wegen der Ernährung des Kindes sind die Rechtslehrer verschiedener Meinung. Einige gestatten diese Einrede auch gegen die auf die Ernährung des Kindes gerichtete Klage [2]), und legen derselben die Wirkung bey, daß sie den in Anspruch genommenen Stuprator von der Pflicht das Kind zu ernähren befreye [3]). Andere hingegen lassen diese Befreyung

1) Boehmers ius ecclesiast. Protest. Tom. V. Lib. 5. Tit. 16. §. 11. v. Leyßers meditat. ad Pandectas Vol. X. Spec. 583. med. 22. sqq.

2) Boehmers doctrina de actionibus Sect. 2. Cap. 1. §. 30. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 344.

3) Faber Cod. definit. forens. Lib. 9. Tit. 7. Def. 6. Schilter institut. iuris canonici Lib. 2. Tit. 13. §. 6. Donauer

freyung nur sodann statt finden, wenn die von beyden Theilen eingeräumte Zeit des Beyschlafs mit der Zeit der Niederkunft schlechterdings nicht übereinstimmt. Daferne aber der Beklagte den Beyschlaf gesteht, und die angegebene Zeit desselben mit der Niederkunft übereinkommt, so verwerffen sie jene Einrede und halten den Beklagten zur Ernährung des Kindes verbunden, bis er erwiesen hat, daß das Kind nicht von ihm erzeugt worden sey [4]. Bey dieser Streitigkeit ist der Fall gemeiniglich dieser. Die Geschwächte giebt eine bestimmte Person zum Vater ihres Kindes an. Dieser gesteht den Beischlaf und kann, weil die von ihm eingeräumte Zeit desselben mit der Zeit der Geburth des Kindes zusammentrift, die Möglichkeit, daß er Vater zum Kinde sey, nicht läugnen. Er sucht sich aber mit der Ausflucht zu helfen, daß andere ebenfalls mit der Geschwächten zu thun gehabt haben, und es also möglich sey, daß ein anderer Vater zum Kinde seyn könne.

nauer Consf. 27. num. 20. v. Wernhers select. observat. for. Tom. II. P. 6. Obs. 395. v. Boehmer Observat. ad Carpzovii practic. rer. criminal. ad Qu. 69. obs. 12. v. Leyßer Med. ad P. Vol. V. sp. 322. med. 9.

4) Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 482. Voets Comment. ad Pandectas Lib. 48. Tit. 5. §. 6. Hr. Prof. G. J. F. Meister princip. iur. crim. §. 269. not. a) Ebend. practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. B. 15. Bem. Hymmens Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten. 4. Samml. S. 90.

Nach der billigern Meynung nun geht man über diese Exception hinaus, weil der Beklagte, so zweifelhaft auch die Angabe der Weibsperson ist, doch immer eine Vermuthung gegen sich hat, und das unschuldige Kind unter diesem Zweifel nicht leiden kann. Wie nun aber, wenn die Geschwächte sogleich gesteht, daß sie zur nämlichen Zeit sich mit andern fleischlich vermischt habe, und einräumt, daß sie selbst nicht wisse, wer Vater zu ihrem Kinde sey? Dieser Fall ist zwar dem vorigen ähnlich, aber doch nicht ganz derselbe. Hier ist nicht von einer bestimmten Person die Rede, sondern die Hauptfrage ist: kann sie die Ernährung des Kindes von sämmtlichen Stupratoren, und in wie ferne fordern?

§. 2.

Dem ersten Ansehen nach scheint es, daß eine Weibsperson, die nach ihrem eigenen Geständniß sich zu gleicher Zeit mit mehrern verunkeuschet hat, von keinem derselben die Ernährung des Kindes zu fordern befugt sey. Die Rechte setzen bey der Klage de partu agnoscendo voraus, daß der, so das Kind ernähren soll, entweder der Paternität geständig sey, oder, daß er Vater zum Kind ist, erwiesen worden, oder daß er doch wenigstens der rechtlichen Vermuthung nach dafür gehalten werden könne [5]). Deswegen hat man eine gedop-

5) L. 5. §. 8. ff. de agnoscendis et alendis liberis L. 8. §. 5. C. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matri-

doppelte Anerkennung des Kindes, je nachdem sie sich auf die eingestandene, oder erwiesene Paternität, oder auf eine rechtliche Vermuthung gründet, nach welcher jemand so lange für den Vater eines Kindes gehalten wird, bis er das Gegentheil erwiesen hat [6]). In unserm Fall ist keine von beyden Agnitionen vorhanden. Die Stupratoren gestehen zwar, daß sie sich mit der Geschwächten fleischlich vermischt haben. Aber keiner bekennt sich zum Vater, und gegen keinen ist ein Beweis möglich. Da nun ferner die Weibsperson einräumt, daß sie zu der Zeit, woher sie ihre Empfängniß rechnet, mit allen zu thun gehabt habe, und wer der eigentliche Vater ihres Kindes sey, selbst nicht anzugeben vermöge, so ist zwar einer derselben Vater, aber gegen keinen insbesondere findet die Vermuthung statt. Hierzu kommt der Umstand, daß wenn man die Ernährung des Kindes mehreren zugleich aufbürden wollte, außer dem Unbekannten, der das Kind erzeugt hat, immer den übrigen Unrecht geschehen würde.

§. 3.

Bey Beantwortung unserer Frage ist aber, meines Erachtens, ein Unterschied zu machen, ob die Geschwächte

matrimonio vel alias acquiruntur. Koch's institutiones iuris criminalis §. 280.

6) Christian Gmelin: über die Präjudizialklage de partu agnoscendo §. 3.

schwächte, die keinen Vater ihres Kindes angeben kann, füglich im Stande sey, ihr Kind selbst zu ernähren, oder nicht? In dem ersten Fall glaube ich allerdings, daß sie kein Recht habe, die Ernährung des Kindes von ihren sämmtlichen Stupratoren zu verlangen. Die Alimentation ist offenbar keine unmittelbare Folge des unehelichen Beyschlafes; denn sonst müßte jeder, welcher dieses Vergehen eingesteht, hierzu verbunden seyn, wenn auch die Geburtszeit des Kindes die Möglichkeit seiner Paternität ganz ausschließet. Dieses hat aber, meines Wissens, noch niemand behauptet. Es bleibt also dabey, daß der Grund der Verbindlichkeit in der eingestandenen, erwiesenen oder vermutheten Paternität liegt. Alle Vermuthung fällt, wie schon gedacht, weg, wenn die Weibsperson zugeben muß, daß sie selbst nicht wisse, von wem sie schwanger sey, folglich ist keiner ursprünglich und der Regel nach zur Alimentation verbunden. Die Begünstigung, welche die Alimenten in den Rechten haben, kann hier nicht in Betrachtung kommen. Denn das Kind verliert hiebey nichts, weil eine Mutter vorausgesetzt wird, die ihr Kind selbst zu ernähren im Stande ist. Es ist sehr billig, daß einer Weibsperson, die nicht einmal den Vater ihres Kindes angeben kann, auferlegt werde, für die Ernährung ihres Kindes selbst zu sorgen 7). Hierdurch wird ihr nicht das mindeste Unrecht zugefügt.

Sie

7) Carpzovs iurisprudentia ecclesiastica. Lib. 3. Tit. 6. Def. 81. num. II.

Sie kommt in eben die Lage, in welcher sich eine Wittwe, oder Ehefrau, befindet, deren Ehemann ohne Vermögen verstorben, oder ausser Stand ist, sein Kind zu ernähren. Die Last der Ernährung fällt alsdann auf sie. Auf Erleichterung oder Abnehmung dieser Last kann am wenigsten eine Weibsperson, die sich so tief herabgewürdiget hat, Anspruch machen. Alle Umstände, die sonst Mitleiden gegen eine Geschwächte erregen können, fallen bey ihr hinweg. Selbst das Wohl des Staates erfordert es, eine solche Dirne von der eigenen Ernährung ihres Kindes, sobald solche füglich von ihr geschehen kann, nicht zu befreien [8]). Man würde die Unzucht und Gewinnsucht solcher Weibspersonen fördern, wenn sie sicher darauf rechnen könnten, daß es ihnen in keinem Fall an der Ernährung des Kindes fehlen kann, wenn sie auch nicht einmal einen vermuthlichen Vater desselben anzugeben vermögen.

§. 4.

Hingegen bekommt die Sache eine andere Gestalt, wenn die Geschwächte ihr Kind zu ernähren durchaus nicht vermögend ist. Denn obschon aus dem unehelichen Beyschlaf keine unmittelbare Verbindlichkeit zur Ernährung des Kindes fließt, so kann doch wohl eine subsidiarische statt finden. Der Hauptgrund ist nunmehro

8) Causes celebres, curieuses et interessantes de toutes les cours souveraines de Roiaume, Tom. 116. c. 374.

mehro dieser, weil die Ungewißheit der Paternität, welche aus dem von der Mutter zu eben der Zeit mit mehrern zugleich verübten Beyschlaf entstehet, dem von ihr zur Welt gebrachten Kinde, in Rücksicht auf seine Ernährung, nicht zum Nachtheil gereichen kann. Das unschuldige Kind darf, um des Verbrechens seiner Mutter willen, an seinen Nahrungsmitteln nicht Noth leiden [9]. Dieses ist der natürlichen Billigkeit und der in den Rechten gegründeten Begünstigung der Alimenten gemäs [10]. Und wen sollte die subsidiarische Verbindlichkeit, den Rechten nach, eher treffen, als diejenige, die insgesamt Mitverbrecher sind. Jeder für sich hat das nämliche Vergehen mit der Geschwächten begangen. Keiner kann sich damit entschuldigen, daß sie sich auch mit den übrigen eingelassen habe [11]. Jeder muß also die Ernährung des Kindes, wenn die Mutter hierzu ausser Stand ist, als eine Folge seiner eigenen Handlung ansehen, zumal bey einem jeden die Möglichkeit da ist, daß er Vater des Kindes seyn könne. Hiernächst kann den Stupratoren zu keinem Vortheil gereichen, wenn die Geschwächte vielleicht noch Eltern oder Großeltern haben sollte, die das Kind leicht

9) L. 11. §. 9. ff. ad L. Iuliam de adulteriis coercendis. Carpzovs practica rerum criminalium P. 2. Qu. 68. num. 119.

10) Brunnemanns Comment. in Pand. ad L. 5. de agnosc. et alend. liberis num. 20.

11) Quistorp a. a. O. Fratrum Becmannorum Consilia et decisiones. Consl. 63. num. 5.

leicht ernähren könnten. Zwar sind diese hierzu sonst in subsidium verbunden [12]. Aber mit welchem Recht will man Mitschuldigen eine Last abnehmen, und sie Unschuldigen auflegen? Noch weniger ist es erlaubt, dem Staat Verbindlichkeiten aufzubürden, die aus dem Verbrechen seiner Unterthanen entspringen, und diese sich selbst zugezogen haben. Dem Staat liegt die Ernährung nur im Nothfall ob, und er wird billig so lange damit verschont, als noch jemand da ist, der eine nähere Verbindlichkeit zur Ernährung hat; und insbesondere wird, wenn der Staat Kinder ernähren soll, vorausgesetzt, daß sich nicht nur niemand ihrer annimmt, sondern auch niemand ihrer anzunehmen schuldig ist [13].

§. 5.

Uebrigens ist man heut zu Tag leicht einig, daß wenn mehrere Stupratoren zur Ernährung des Kindes verpflichtet sind, nicht ein jeder für seinen Antheil beyzutragen habe, sondern die Obligatio in solidum eintrete [14]. Nur setzen einige den Grund der Verbindlichkeit in der Correalität und der daraus fliessenden Ersetzung des Schadens, wozu sowohl die, welche ein ge-

12) Hellfelds iurisprudentia forensis. Tom. I. §. 1289.

13) Coleri tract. de alimentis. Lib. I. Cap. 17. num. 46. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen. Cap. 18. §. 7.

14) Westphals Criminalrecht. 25. Abh. Num. 20.

gemeinschaftliches Verbrechen begangen, als die, so zu dem Verbrechen anderer mit gewirkt haben, gehalten sind [15]). Allein in dem gegenwärtigen Fall ist von keinem gemeinschaftlichen, oder solchem Verbrechen die Frage, zu dessen Begehung sich mehrere verbunden hätten. Eben so wenig kann man sagen, daß eines zu dem Verbrechen des andern mit gewirkt hätte. Mehr gegründet ist aber die Lehre des Hrn. Prof. Meisters [16]), daß ein jeder der Stupratoren aus seiner eigenen unerlaubten Handlung für sich zu der Ernährung des Kindes verbunden sey. Daß übrigens unter die zu bezahlende Kosten auch die Tauf- und Kindbettkosten gehören, braucht kaum bemerkt zu werden.

§. 6.

Nach diesen Grundsätzen hat die hiesige Facultät, im Jahr 1786. in Sachen Ilsen Margareth Relings aus Ilvese, gegen Christian Blecken zu Landsbergen gesprochen. Jene hatte mit diesem und Dietrich Rademeiern zu gleicher Zeit zu thun gehabt, und verlangte von beyden die Alimentation des Kindes und Ersetzung der Wochenbett- und Kindtauffkosten. Rademeier war der Klage geständig, Blecke läugnete zwar anfangs den Beyschlaf, konnte aber den ihm zugeschobenen Eid nicht

15) Quistorp a. a. O. §. 91. Meisters rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen 1. Th. S. 50.

16) a. a. O. S. 112.

nicht schwören, und begehrte auch nachher nicht weiter zu läugnen, nur wollte er sich zur Ernährung nicht verstehen. Die Armuth der Geschwächten war in den Acten hinlänglich erwiesen. Das Amt Stolzenau, als der Richter erster Instanz, erkannte die Klage so lange für unstatthaft, bis Klägerin den Vater des Kindes genauer ausmachen würde. Allein die königl. Justizcanzley zu Hannover änderte, auf die von der Klägerin eingewandte Appellation, den Bescheid dahin ab, daß Beklagte, bis das Kind 14. Jahre zurück gelegt, monathlich 1 Thaler Alimenten und für Tauf und Kindbett zusammen 5 Thaler zahlen sollten. Blecke appellirte dagegen an das königl. Oberappellationsgericht zu Celle. Daselbst wurde die Appellation, wegen ermangelnder Appellationssumme abgeschlagen, jedoch die Supplication, nebst der Actenversendung verstattet, worauf die Acten hieher kamen und das Erkenntniß der Justizcanzley bestätiget worden ist.

XXV.

Bey Eheberedungen ist die zur völligen Beerbung bedungene Jahresfrist nicht von Zeit der Errichtung derselben, sondern vom Tage der Hochzeit an zu rechnen.

§. 1.

Es ist in Franken ein sehr gewöhnlicher Fall, daß Brautleute in ihrem Ehevertrage der künftigen Erbfolge wegen festsetzen, daß wenn einer von ihnen, ohne Hinterlassung der Kinder, innerhalb eines Jahres stürbe, der überlebende Theil eine bestimmte Summe von dem in die Ehe gebrachten Vermögen des Verstorbenen an die nächsten Blutsfreunde desselben zurückzahlen, nach Jahr und Tag aber einer des andern völliger Erbe seyn solle. Es wird dieß von einigen der Jahrsfall [1]) genannt, obwohl dieser Ausdruck von andern in sehr verschiedener Bedeutung genommen wird [2]), und daher die Entscheidung der Frage, in welchem Verstande dieses Wort in einem vorkommenden Falle

1) Iust. VERACIUS ad Consuetud. Bamberg. Qu. 2.

2) Gewöhnlich verstehet man unter dem Jahresfall einen Zeitpunct, nach dessen Ablauf erst die Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten eintreten soll. S. Brandenburg. Baireuth. Landesconstitutionen II. Th. I. Band Tit. VII. §. 3. pag. 203. Langens Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter unter den teutschen Eheleuten. 3. Hptst. §. 3.

Falle gebraucht worden, oder zu nehmen sey, oft mit nicht geringen Schwierigkeiten verbunden ist [3]. Doch dieses gehört gegenwärtig nicht in meinen Plan, sondern meine Absicht ist, kürzlich die Frage zu erörtern: von welcher Zeit an die in dem Ehevertrage zur völligen Beerbung bedungene Jahresfrist zu rechnen sey?

§. 2.

In dem Falle, in welchem es auf diese Frage ankam, hatte Georg Caspar Krämer, Einwohner zu Mainstockheim, mit seiner Braut Maria Barbara Bärin noch vor der Kopulation den 12. April 1792. einen Ehevertrag errichtet, in welchem unter andern festgesetzt worden, daß wenn die Braut innerhalb eines Jahres stürbe, der Bräutigam 386. Fl. Fränkisch von dem Eingebrachten seiner Braut an die nächsten Freunde derselben zurückzahlen, nach Jahr und Tag aber einer des andern Erbe seyn sollte. Die Ehe war hierauf den 8. May 1792. durch priesterliche Kopulation vollzogen, aber schon am 21. April des folgenden Jahres durch den Tod der Ehefrau wieder getrennt worden. Nun entstand die Frage, ob derjenige Fall wirklich eingetreten sey, da nach dem Inhalt der Ehepacten der Ehemann seiner verstorbenen

3) Siehe D. Roßmanns Gedanken vom Jahrsfalle, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. N. 2.

Ehefrau Universalerbe seyn solle. Der Ehemann behauptete solches, weil vom 12. April 1792. da die Ehepacten geschlossen worden, bis zum 21. April 1793. Jahr und Tag längst verstrichen gewesen. Allein die Verwandten der verstorbenen Frau wollten sich davon nicht überzeugen lassen, sondern glaubten, daß die in den Ehepacten zur vollkommenen Beerbung bedungene Jahresfrist erst von dem Tag der Kopulation an gerechnet werden müßte, und stellten daher gegen den Witwer die Erbschaftsklage an.

§. 3.

Die Gründe des Beklagten, welcher den Klägern die Einrede der unstatthaften Klage entgegen setzte, waren folgende. In dem Ehevertrage sey mit keinem Wort daran gedacht worden, daß die Bestimmung des darinn bezielten Zeitraums von Jahr und Tag erst vom Tage der Hochzeit an ihren Anfang nehmen sollte; das Gegentheil erhelle vielmehr daraus, daß das Eheverlöbniß unbedingt geschlossen worden, und daher durch die bloße Einwilligung der Partheyen sogleich seine vollkommene Richtigkeit erhalten, die Zeit der Vollziehung ihres Eheversprechens aber gänzlich in der Brautleute Willkühr gestanden. Auch alle Bedingungen wären vom Datum des Ehevertrags an gelaufen. Eben deswegen hätte auch fein, des Beklagten, Vater das demselben mitzugeben versprochene Heyrathsgut der 2000 Fl. vom Tage des Ehevertrags ange-

gerechnet, in einem viertel Jahre baar erlegen müssen. Hierzu komme endlich, daß nach der Meinung verschiedener Rechtsgelehrten 4) dasjenige, so auf den Todesfall des einen Ehegatten zum Besten des Ueberlebenden wegen der Erbfolge oder des Gewinnes des Heyrathsguts, es sey in den Statuten, oder Eheberedungen, verordnet worden, auch schon unter rechtmäsig Verlobten statt finde, wenn gleich die Ehe unter denselben durch priesterliche Einsegnung noch nicht wirklich vollzogen gewesen.

§. 4.

Allein Eheverträge, welche unter Brautleuten geschlossen werden, haben jederzeit auf eine künftige Ehe ihre Beziehung, und sind daher nach der Absicht der Paciscenten unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen, wenn diese Ehe wirklich erfolgen, und bis an den Tod fortdauern wird 5). Hieraus folgt aber von selbst, daß dasjenige, so darin verabredet worden, erst von der Zeit an seine Kraft erhalte, da die Ehe unter den Verlobten gesetzmäsig vollzogen worden ist 6). Daß auch in dem gegenwärtigen Falle die oben gedachten Ehepacten von den Brautleuten auf den Fall der

4) GAIL Obſervat. pract. Lib. II. Obſ. 80. I. IACOBI Diſſ. de dote ante matrimonium conſummatum lucranda. (Ienae 1670.) Th. 26.

5) WERNHER Obſervat. for. Tom. II. Part. VII. Obſ. 173. HELLFELD jurisprud. for. Tom. II. §. 1249.

6) L. 21. D. de iure dot. L. 24. Cod. de nuptiis.

der wirklichen Vollziehung der Ehe abgeschlossen worden, war aus deren Eingange deutlich zu ersehen, als woselbst der Bräutigam verspricht, das Eheverlöbniß durch pristerliche Kopulation in christlicher Gemäßheit vollziehen zu lassen. Es verstehet sich mithin von selbst, daß da solche erst von dem Tage der am 8. May 1792. vermitelst pristerlicher Kopulation vollzogenen Ehe an purificiret worden, und zur rechtlichen Wirkung gediehen sind, auch die in denselben festgesetzte Jahresfrist in Ansehung der Universalbeerbung erst von jenem Hochzeittage an gerechnet werden könne, und weil nun des Beklagten Ehefrau deren Ablauf nicht erlebt hatte, sondern noch vorher, nämlich den 21. April 1793. verstorben war, nothwendig dasjenige statt finden müsse, was auf den Fall der Erbfolge wegen festgesetzt worden ist, wenn dieselbe innerhalb eines Jahres versterben würde.

§. 5.

Hiergegen war dasjenige, so Beklagter zur Begründung seiner Einrede angeführt, von sehr geringer Erheblichkeit. Denn wenn gleich das Eheverlöbniß mit seiner Braut unbedingt geschlossen worden, so folgt doch daraus noch keinesweges, daß dasjenige, was in den Ehepacten verabredet worden, sogleich von der Zeit ihrer Errichtung an seine Kraft und Wirkung erhalte, indem der Irrthum, daß sponsalia pura nach Art der sponsaliorum de praesenti des kanonischen Rechts beurtheilet, und ihnen die Wirkung der Ehe beygelegt werden

den müßten, von den neuern Rechtsgelehrten längst widerlegt worden ist 7). Eben so wenig kann aber auch daraus, daß des Beklagten Vater das ihm mitzugeben versprochene Heyrathsgut der 2000 Fl. von dem Datum des Ehevertrages an in einem viertel Jahre baar erlegen müssen, gefolgert werden, daß nun eben deswegen auch der terminus a quo der zur vollkommenen Beerbung bestimmten Jahresfrist von dem Tage des errichteten Ehevertrages an zu rechnen sey, indem ein grosser Unterschied zwischen dem Einbringen des Heyrathsgutes und der Beerbung ist, und zwar ersteres noch vor Vollziehung der Ehe geschehen kann, letztere aber jederzeit eine durch priesterliche Trauung wirklich vollzogene Ehe voraussetzt, und unter bloßen Verlobten nicht statt findet 8). Endlich die vom Beklagten für sich angeführte Meinung einiger Rechtsgelehrten, als ob dasjenige, was in den Statuten oder Eheverträgen wegen des Gewinnes des Heyrathsguts verordnet worden, auch schon bey rechtmäsig Verlobten Anwendung finde, ist offenbar irrig, und schon von andern Rechtsgelehrten gründlich widerlegt worden 9). Aus diesen Gründen wurde also für die Kläger gesprochen.

7) Ge. Lud. BOEHMER Princip. iuris canon. §.363.

8) I. H. BOEHMER Diss. de diverso sponsalium et matrimonii iure. Cap. I. §. 21. et Cap. III. §. 41.

9) BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. II. Disput. VII. Th. I. Lit. D. pag. 316. MUELLER ad Struvii Syntagm. iuris civ. Exercit. XXXVIII. Th. 40. not. δ. und BOEHMER cit. Dissertat. Cap. III. §. 42.

XXVI.

Ist der Trassat, wenn ihm der Secunda- vor dem Prima-Wechselbrief präsentirt, jener auch von ihm acceptirt worden, dennoch mit der Auszahlung bis nach völligem Ablauf der Respittage anzustehen, und auf etwannigen Eingang des Prima-Wechsels zu warten verbunden?

§. 1.

Da ein trassirter Wechsel, wenn er besonders weit zu versenden ist, leicht verlohren gehen kann, auch überdem der Remittent die Tratte ohne Zeitverlust zur Acceptation an den Ort der Bestimmung absenden muß; so ist es gewöhnlich, trassirte Wechsel über eine und eben dieselbige Summe in gedoppelten oder dreyfachen gleichlautenden Exemplaren auszustellen, um theils zur Sicherheit oder Beschleunigung mehrere verschiedene Verschickungswege gebrauchen, theils aber auch den Wechsel zugleich auf andere Handelsplätze, um solchen zu verhandeln, senden zu können [1]. Diese mehreren Exemplare einer und derselben Tratte unterscheiden sich durch die Ausdrücke: Prima, Secunda, Tertia-Wechsel, und der Trassant ist zu deren Ausfertigung verbunden, wenn es der Remittent verlangt, es wäre denn

1) FRANCK Institut. iur. cambial. Lib. I, Sect. I, Tit. VII. §. 8—10 Becks Tractat vom Wechselrecht Cap. II. §. 2. n. 54. ff. u. §. 6. n. 6.

denn, daß bloß auf einen Solawechsel die Abrede getroffen worden [2])

§. 2.

Nach dem gemeinen Wechselrecht ist es nun ganz gleichgültig, welcher Wechsel, ob Prima oder Secunda? dem Trassaten präsentirt, von ihm acceptirt, und zur Verfallzeit bezahlet wird. Denn wenn der erst ankommende honorirt ist, so ist die Absicht erreicht, und die übrigen später ankommenden Wechselbriefe über die nämliche Summe sind alsdann ohne Kraft [3]). Man pflegt daher auch dem Secunda-Wechselbrief die Worte: Prima unbezahlt, oder *la premiere ne l'etant*, als eine Parenthese, einzurücken, damit nicht etwa die nämliche Summe zwey oder mehrmal bezahlet werden möge [4]).

§. 3.

Allein nun fragt es sich, wenn der Remittent die Duplicate einer an sich gehandelten Tratte etwa an verschiedene Ordres indoßirt hätte, ob es auch in diesem

K 5 Falle

2) Beck in dem angef. Tractat Kap. II. §. 2. n. 55. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts Hptst. VII. §. 90.

3) Ludovici Einleitung zum Wechselproceß Kap. IV. §. 6. FRANCK Institut. iur. cambial. a. a. O. §. 8. S. 83. Runde Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 243.

4) Beck am angef. Orte n. 59. S. 59. und H. von Selchow's Grundsätze des Wechselrechts §. 18.

Falle dem Trassaten freystehe, den ihm zuerst präsentirten Secunda-Wechselbrief zu acceptiren, und zur Verfallzeit zu bezahlen, oder ob nicht der Acceptant mit der Auszahlung wenigstens bis nach völligem Ablauf der Respittage anzustehen, und auf etwannigen Einlauf des Primawechsels zu warten gehalten sey? Ich erinnere mich eines solchen Falles aus einem Frankfurter Actenstück, wo über jene Frage sehr gestritten wurde, und auch sehr verschiedene Erkenntnisse darüber gesprochen worden sind. Der Remittent, ein Jude, hatte die Duplicate eines auf einen Banquier in Wien gezogenen Wechsels von 1100 Fl. betrügerischer Weise an verschiedene Ordres indossirt. Der Secunda-Wechselbrief kam in Wien zu gehöriger Zeit an, wurde nach dasigem Wechselrecht richtig acceptirt, und zur Verfallzeit bezahlt. Nachher lief auch der Primawechsel ein. Trassat verweigerte die Acceptation desselben, weil bereits der ihm zu rechter Zeit präsentirte und von ihm acceptirte Secundawechsel bezahlet worden wäre, der nämliche Wechselbrief aber nicht zweimahl bezahlet werden könne. Es wurde deswegen protestirt, und der Inhaber des Primawechsels klagte nunmehr gegen den Aussteller desselben nach Wechselrecht.

Der Beklagte wandte ein, daß gegen ihn keine Regreß-Klage statt finde. Bey trassirten Wechseln vertrete der Secundawechsel die Stelle des Primawechsels,

sels, und könne daher acceptirt und bezahlet werden, wenn der Primawechsel nicht zur gehörigen Zeit präsentirt worden. Letzteres sey hier der Fall. Denn der Primawechsel sey nicht vor dem Verfalltage präsentirt worden. Dieses zeige der Protest. Der Betrug des Remittenten könne dem Trassanten nicht zur Last fallen. Kläger müsse sich also an seinen Indoßanten halten, oder seinen Regreß gegen denjenigen nehmen, der bey der Präsentation etwas versehen und sich damit verspätet habe.

Kläger replicirte, daß ein Wechsel auch noch am letztern Respittage zur Zahlung präsentirt werden könne. Ein Secundawechsel dürfe also nicht eher bezahlet werden, als bis die Discretionszeit ganz verstrichen sey. Das Versehen sey folglich auf Seiten des Trassaten begangen worden, und dieses sey der Wechselgeber, als mandans, mit Vorbehalt seines Regreßes gegen seinen Mandatarius, zu vertreten schuldig.

§. 4.

Konnte also Trassat den von ihm acceptirten Secundawechsel während der Discretionstage ohne Nachtheil und Gefahr bezahlen? Ludovici [5]) behauptet, es sey außer Zweifel, daß die Zahlung vor Ablauf der Respittage gar wohl geschehen könne. Allein, wie mich dünkt,

5) Einleitung zum Wechselproceß. Kap. IV. §. 82. am Ende.

dünkt, so hängt die Entscheidung dieser Frage lediglich davon ab, zu wessen Gunsten die Discretionstage eingeführt sind? indem, wenn solche das Beste des Präsentanten oder Wechselinhabers zur Absicht haben, jene Frage vielmehr zu verneinen, dahingegen, wenn solche zum Vortheil des Acceptanten eingeführt sind, dieselbe nach der Rechtsregel: Quilibet favori pro se introducto valide renunciare potest, allerdings zu bejahen ist 6).

§. 5.

Daß die sogenannten Discretions- oder Respittage nur bey den Nichtmeßwechseln üblich sind, ist bekannt 7). Denn Meßwechsel können wegen des gesetzlich bestimmten Zahltages solche nicht genießen 8). Diese Discretions- oder Respittage, welche der Inhaber eines acceptirten Wechsels auch nach der Verfallzeit noch abwarten kann oder muß, ehe er gegen den Wechselschuldner nach Wechselrecht verfährt 9), wur-

6) Beck in dem angef. Tractat. Kap. V. §. 35. und Christ. Gottl. RICCIUS in Exercitat. iuris cambial. IX. de Induciis, von Discretionstägen, intuitu litterarum cambialium (Goettingae 1781.) Sect. III. §. 40. pag. 104.

7) Runde in den angeführten Grundsätzen §. 247.

8) Püttmanns angef. Grundsätze des W. R. §. 53.

9) S. Io. Christph. FRANCKII Diss. de induciis ad litteras cambiales solvendas earundem termino addi solitis, vulgo Discretions-Tagen. Halae 1715.

wurden Anfangs blos zum Vortheil des Präsentanten eingeführt, damit derselbe, wenn er an einem Tage grosse Summen in verschiedenen Wechselbriefen zu erheben hatte, welche er in einem Tage nicht alle einzukassiren im Stande war, einen Theil davon bis auf die folgenden Tage ohne seinen Nachtheil aussetzen könnte. Siegel [10]) hat dieses wenigstens so überzeugend dargethan, daß ich ihm hierin beyzutreten kein Bedenken finde. Allein nach der Zeit haben auch die Acceptanten diese Discretionstage zu ihrem Vortheil zu gebrauchen angefangen, und man fand ihre Gründe so billig und erheblich, daß ihnen hierin verschiedene Wechselordnungen beygestimmt haben [11]). Daher werden nun die Respit-Tage in solche eingetheilt, welche zum Faveur des Präsentanten oder Briefinhabers, und solche, welche zum Vortheil des Acceptanten eingeführt sind. Bey jenen kann der Inhaber sowohl mit der Protestirung als Beytreibung der Wechselschuld ohne Gefahr Anstand nehmen, und der Trassat darf, wenn ihm der Secunda- vor dem Prima-Wechselbrief präsentirt worden, vor Ablauf der Respittage keine Zahlung leisten, sondern ist zuförderst den etwannigen Einlauf des Primawechsels abzuwarten schuldig; dahingegen,

10) Einleitung zum Wechselrecht Kap. IV. §. 23. Siehe auch Moshammers Einleitung in das gemeine und Baiersche Wechselrecht §. 186. Not. *)

11) FRANCK in der angef. Dissertat. §. 16—18.

gen, wenn die Discretionstage bloß zu Gunsten des Acceptanten eingeführt sind, derselbe auch vor deren Ablauf dem Präsentanten des Secundawechsels ohne besorglichen Nachtheil Zahlung leisten kann, wenn der Inhaber des Primawechsels zur Verfallzeit noch völlig unbekannt ist [12]. Denn wenn gleich mehrere Rechtsgelehrte dafür halten, daß der Secunda, in Ermangelung des Primawechsels, nicht anders, als gegen eine hinlängliche Caution zu bezahlen sey, so schränken sie doch solches nur auf den Fall ein, wenn der Primawechsel bereits acceptirt gewesen, und zur Zahlung nur der Secunda producirt wird [13].

§. 6.

Uebrigens ist die fernere Frage, ob in einem vorkommenden Falle die Discretionstage zum Besten des Präsentanten oder des Acceptanten eingeführt seyn? aus den Wechselgesetzen und der Wechsel Usance desjenigen Orts zu entscheiden, wo der Wechsel acceptirt worden, und daher bezahlet werden muß [14].

12) FRANCK in seinen Institut. iur. camb. Lib II. Sect. VI. Tit. I. §. 6. not. a) sagt daher ganz richtig: Quodsi alter (cui scilicet litterae cambiales quoque indossatae fuerunt) ignoretur, recte solvitur ei, qui cambium quodcunque die praesente prior exigit.

13) Ludovici Einleit. zum W Pr. Kap. IV. §. 29. Beck in dem angef. Tractat Kap. VI. §. 19. u. 20. Siegel in der Einleitung Kap. V. §. 15. Püttmanns Grundsätze §. 137. und RICCII Exercitat. iuris cambial. XVI. de litterarum cambialium amissione (Goettingae 1781.) §. 7.

14) Siegels Einleitung Kap. IV. §. 27.

XXVII.

Ueber die Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag, insonderheit, wenn solcher die Aufhebung eines öffentlich geschlossenen Kaufs betrift.

§. 1.

So gewiß es ist, daß das bloße Stillschweigen an und für sich weder für eine Einwilligung noch für eine Mißbilligung zu halten sey [1]; so vielem Zweifel ist jedoch die Frage unterworffen, was das Stillschweigen in dem Falle für eine Wirkung habe, wenn jemand auf einen ihm geschehenen Antrag, worauf er sich erklären sollte, keine Antwort gegeben? [2] Zwar giebt man insgemein die Regel, daß das Stillschweigen als eine Einwilligung sodann anzusehen sey, wenn der Schwei-

1) L. 142. D. de Reg. iur. Cap. 44. de Reg. iur. in VIto.

2) Man vergleiche Henr. COCCEJI Diss. de silentio (Exercitat. T. I.) Phil. HAHN Diss. de praeiudicio tacentis. Mogunt. 1746. Leonh. Guil. SCHNETLAGE Diss. de consensu tacito ex silentio. Harderovici 1764. Henr. BROKES D. de silentio consensum non inferente; (in Observat. For.) de CRAMER de tacente dissentiente (Opusc. T. II.) Goetz rechtliche Betrachtungen über das Schweigen. (in desselben Beyträgen zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Bandes 4. Stück Nr. XXVI.) HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 184. und Reinhards Sammlung jurist. philosoph. u. krit. Aufsätze 1. Bandes 5. Stück Nr. I.

Schweigende hätte reden können und sollen; allein wenn gleich diese Regel in vielen Fällen nach Vorschrift der Gesetze allerdings ihren guten Grund hat [3]); so giebt es doch unläugbar Fälle, wo sie nicht füglich angewendet werden kann. Dahin gehört einmahl, wenn von solchen Handlungen die Rede ist, welche eine ausdrückliche Einwilligung oder bestimmte Erklärung erfordern. Bey diesen kann das Stillschweigen auf einen geschehenen Antrag nie für eine Einwilligung gehalten werden. So ist es zum Beyspiel bekannt, daß wenn ein Frauenzimmer auf den ihr von einer Mannsperson gemachten Heyratsantrag, keine Antwort gegeben, derselben Stillschweigen als eine abschlägliche Antwort angesehen wird [4]). Es heißt hier nach einem bekannten Sprüchwort: Keine Antwort ist auch eine Antwort [5]). Eben dieses ist bey Lehensveräusserungen bekannten Rechtens, als bey welchen ein bloßes Stillschweigen des Lehnsherrn nicht für hinreichend gehalten, sondern vielmehr erfordert wird, daß derselbe, auf vorgehendes Nachsuchen des Vasallen, seine

3) L. 16. D. ad SCtum Macedon. L. 12. D. de evictionib. L. 8. D. quemadm. servit. amitt. L. 4. §. 3. D. de fidejuss. tutor.

4) Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts 2. Hauptstück §. 8.

5) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern II. Abh. S. 97. nach der neuesten Ausgabe vom Jahr 1792.

seine Einwilligung zur Veräußerung deutlich und bestimmt erkläre [6].

§. 2.

Sodann ist bey Bestimmung der rechtlichen Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag weiter darauf zu sehen, ob Jemand, sich darauf zu erklären, gerichtlich war aufgefordert worden, oder nicht. Im ersten Falle wird das Stillschweigen des Imploraten als ein Ungehorsam angesehen, und daher zu seinem Nachtheil erklärt [7]. Nam qui in iure interrogatus omnino non respondit, contumax est, sagt Ulpian [8], quia Praetorem contemnere videtur. Zwar will man nach der gemeinen Meinung ein solches Stillschweigen eher für eine verneinende als bejahende Antwort halten [9], weil Ulpian sagt: Qui tacuit apud Praetorem, in

6) a WERNHER Observat. for. T. I. P. II. Observat. 368. HORN iurisprud. feud. Cap. XIX. §. 2. BOEHMER Consultat. et Decis. T. II. P. I. Resp. 336. n. 17. Casp. Achat. BECK Diss. de consensu feudali §. 38. et 39. PÜTTMANN de necessitate agnatorum simultaneeque investitorum in feudi oppignorationem consentiendi pag. 16. sq.

7) VOET in Commentar. ad Pandect. T. I. Tit. de interrogat. in iure fac. §. 9.

8) L. 11. §. 4. D. de interrogat. in iure fac.

9) Ant. FABER in Rational. ad dict. L. 11. §. 4. D. de interrogat. HOMMEL in Rhapsod. Quaest. For. Vol. II. Obs. 411. pag. 342.

in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, *quasi negavit si heredem esse;* allein der römische Jurist will nur so viel sagen: wer auf geschehenes Befragen vor Gericht, ob er Universalerbe sey, nicht geantwortet, kann nun seines Ungehorsams wegen eben so gut als Universalerbe belangt werden, als derjenige, welcher befragt worden, ob er heres ex semisse sey, und dieses geläugnet hat [10]. Voluit enim Praetor, sagt eben dieser Jurist [11], adstringere eum, qui convenitur, ex sua in iudicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret. Nach dem jüngsten Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 36. ließe sich indessen jene Meinung eher rechtfertigen [12].

§. 3.

Betrift endlich der geschehene Antrag noch insonderheit die Aufhebung eines Bilateralcontracts, so kann das Stillschweigen derjenigen Parthey, welche sich darauf erklären sollte, für eine stillschweigende Einwilligung um so weniger gehalten werden, da hierzu mutuus

10) S. Io. WYBO in lib. sing. de interrogationibus in iure. (Lugd. Batavor. 1732. 8.) Cap X. p. 149. und R. I. POTHIER in Pandectis Iustinianeis (Lugduni 1782. fol.) Tom. I. Tit. de interrogat. in iure §. 21. pag. 329.

11) L. 4. pr. D. de interr. in iure.

12) I. H. BOEHMER in Diss. de contumacia non respondentis. Halae 1717. Cap. I. §. 24.

mutuus dissensus schlechterdings erfordert wird [13]), und es überdem hier auf die Begebung eines wechselseitigen Rechts ankommt, welche im Zweifel nie vermuthet werden kann. Quilibet enim potius salvo iure suo tacuisse, quam iuri suo renunciasse intelligitur, cum nemo jactare suum praesumatur [14]).

§. 4.

Nach diesen Rechtsprincipien wurde in folgendem Falle gesprochen. Der Schutz- und Handelsjude Mayer Götz Amschel zu Frankfurt am Mayn, erstand im Jahr 1778 des in Concurs verfallenen Juden Mayer Löw Fulda's Haus sub hasta um das höchste Gebot. Er zahlte auch auf Abschlag 20 Fl. 15 Kr. Anstatt nun, daß ihm dieses Haus hätte geräumt und übergeben werden sollen, machten die Fuldaischen Kinder einen Anspruch darauf, welcher die Folge hatte, daß der Kauf nicht vollzogen werden konnte. Dieß bewog den Käufer, mittelst einer unterm 17. Januar 1787 übergebenen Imploration den Kauf zu widerrufen, und zu bitten, daß dem Ausschuß der Fuldai-

 schen

13) Quod enim consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo est dissolvendum. L. 1. Cod. quando liceat ab emt. discedere. Et renunciare semel constitutae obligationi, adversario non consentiente, nemo potest. L. 5. Cod. de Obligat. et action.

14) PUFENDORF Tom. II. Observat. 86. §. 2. CRAMER Tom. IV. Observat. 1147. pag. 454.

schen Gläubiger die Erstattung der auf Abschlag bezahlten 20 Fl. 15 Kr. auferlegt werden möchte. Diese Imploration ward auch dem Handelsmann Johann Gerhard Hofmann, als Ausschuß der Fuldaischen Gläubiger, zur Erklärung mittelst Bestimmung eines Termins von 8 Tagen zugefertiget. Allein dieser schwieg, und so blieb denn die Sache liegen bis in das Jahr 1792. Unterdessen war der Käufer gestorben. Desselben Sohn übergab hierauf bey dem Schultheisenamte eine Schrift sub praes. de 11. Febr. 1792, worin derselbe, als Erbe seines Vaters, den von letzterem im Jahr 1787. geschehenen Antrag zur Wiederaufhebung des sub hasta geschlossenen Hauskaufs, weil selbiger von dem Ausschuß der Fuldaischen Gläubiger noch zur Zeit nicht acceptiret worden, um deßwillen zurücknimmt, weil nunmehr die darüber obgewalteten Streitigkeiten gehoben, und folglich die Anstände, die seinen Vater damalen seinen Kauf gereuen ließen, dadurch beyseitiget worden. Diese Anzeige wurde abermals dem Curatori massae zur Erklärung communicirt, und dazu ein Termin von 8 Tagen gesetzt. Allein auch hierauf erfolgte die abgeforderte Erklärung noch nicht. Implorant beschuldigte daher den Curatorem massae Ungehorsams, und bat um Ansetzung eines Präjudicialtermins, welcher auch auf 8 Tage anberaumt wurde. Nun erst erfolgte des Curatoris Erklärung, welche dahin gieng: daß die Gläubiger nicht gemeinet wären, den Antrag des Imploranten weiter

anzu-

anzunehmen, vielmehr bitten wollten, das Haus nach vorgängiger Bekanntmachung anderweit zu vergantben. Der nun verstorbene Handelsmann Hofmann, als damaliger creditorischer Ausschuß, habe dadurch, daß er die von des Implorantens Vater unterm 17. Januar 1787 eingereichte Vorstellung nicht beantwortet, zu erkennen gegeben, daß er sich den von jenem geschehenen Antrag zur Wiederaufhebung des sub hasta geschlossenen Hauskaufs gefallen lassen wolle, und diese Lossagung stillschweigend acceptirt, weil er sonst, wenn dieses seine Meinung nicht gewesen wäre, gewiß widersprochen haben würde. Es trete also hier die Regel ein, quod is, qui tacet, dum loqui potuit ac debuit, pro consentiente habendus sit. Implorant könne daher, als Erbe seines Vaters, nach der Regel: quod ad iura renunciata non detur regressus, auf das in Frage stehende Haus keine weitere Ansprüche machen.

§. 5.

Allein nach der Beschaffenheit des vorgetragenen Falles kann wohl die Regel: qui tacet, cum loqui potuisset ac debuisset, consentire videtur, dem Curatori massae hier nicht zu statten kommen. Denn einmal war sein und seines Vorgängers Stillschweigen, da ihnen vermöge gerichtlichen Decrets war auferlegt worden, sich binnen einer deßhalb gesetzten Frist zu erklären, offenbar ein Ungehorsam. Dieser kann ihnen nicht zum

Vortheil gereichen, cum nemini mora et contumacia sua prodesse possit [15]). Sodann kam es hier auf die Aufhebung eines gerichtlich sub hasta geschlossenen Kaufs an, von welchem Käufer für sich einseitig nicht abgehen konnte, wenn er auch gleich das auf Abschlag bezahlte Kaufgeld hätte im Stiche lassen wollen [16]). Man konnte auch von Seiten des creditorischen Ausschusses nicht vermuthen, daß dieser sich seines Rechts aus dem Contract habe begeben wollen, oder daß derselbe zur Aufhebung des Kaufs von den übrigen Gläubigern bevollmächtiget gewesen sey. Man konnte vielmehr das Gegentheil schließen. Denn Implorantens verstorbener Vater hatte in seiner unterm 17. Jan. 1787 übergebenen Imploration zugleich um Erstattung der auf Abschlag bezahlten Kaufgelder ausdrücklich gebeten. Diese aber war von Seiten des creditorischen Ausschusses nicht erfolgt, welche jedoch um so mehr hätte bewirkt werden sollen, je weniger ohne diese Zurückzahlung des abschläglich bezahlten Kaufschillings die Absicht des Implorantens, nämlich die Wideraufhebung des Kaufs, zu erreichen war [17]). Da also unter diesen Umständen aus dem Stillscheigen des creditorischen Ausschusses eine Einwilligung desselben in die angetragene Aufhebung des sub hasta geschlossenen Kaufs un-

15) L. 173. §. 2. D. de Reg. iur.

16) L. 6. Cod. de rescind. vendit.

17) L. 58. D. de pactis.

unmöglich gefolgert werden konnte [18]), indem es hier gänzlich an einer gewissen positiven Handlung fehlte, welche doch nothwendig zu dem Stillschweigen hinzukommen muß, wenn dasselbe als eine Einwilligung soll angesehen werden [19]); so stand es dem Imploranten ohne allem Zweifel frey, den von seinem verstorbenen Vater geschehenen Antrag wegen nicht erfolgter Acceptation desselben nach seinem Gefallen zurückzunehmen. Denn eine einseitige Willenserklärung ist unverbindlich [20]). Aus diesem Grunde kann daher auch die Regel, daß man zu seinem Rechte, worauf man einmal Verzicht gethan hat, nicht mehr zurückkehren könne, hier keine Anwendung finden, da dieselbe voraussetzt, daß ein anderer aus diesem Verzicht bereits ein Recht erworben, welches aber in dem gegenwärtigen Falle nicht behauptet werden kann.

18) Nam tacens pro consentiente haberi nequit si finis ipsius negotii, quod intenditur, citra actum quendam intermedium obtineri nequit. BROCKES select. Observat. for. Obs. 6.

19) Götz in den anges. Beiträgen. 2. Band S. 403.

20) L. 108. §. 1. D. de Verb. obligat. STRUV in Syntagm. iur. civ Exercit. VI. Th. 33. Io. Gottl. HOETTEL Diss. de permissa in iure circa actus et negotia quaedam poenitentia. (Altorfii 1728.) Cap. II. Sect. I. §. 1.

XXVIII.

Rechtliche Entscheidung der Frage, ob eine Dorfs- und Gemeindherrschaft in Franken befugt sey, die Freyheit der in dem Ort befindlichen Hausbesitzer, sonderlich wenn sie einer fremden Herrschaft unterworfen sind, dergestalt einzuschränken, daß sie nur eine bestimmte Anzahl von Miethleuten aufnehmen dürfen?

§. 1.

Die Dorfs- und Gemeindherrschaft in Franken ist, wie Herr Prof. Siebenkees in der unten [1]) angeführten Schrift sehr richtig bemerket hat, eine sehr ergiebige Quelle von Streitigkeiten. Ueber die vorstehende Frage kam es bey dem fränkischen Reichsritterort am Steigerwald und in der Folge bey dem kaiserl. Reichshofrath zu einem Rechtshandel zwischen dem Herrn Grafen Damian Hugo Erwein von Schönborn nebst seiner Schutzjudenschaft zu Mühlhausen, und dem freyherrlichen Geschlecht der Herren von Eglofstein. Da die fränkische Dorfs- und Gemeindherrschaft unter die noch zur Zeit wenig bearbeite Gegenstände gehört, so wird vielleicht dieser kleine Beytrag nicht ganz unnütz seyn.

§. 2.

1) Beyträge zum teutschen Recht. 1. Th. Num. 7. von der Gemeindherrschaft in Franken. S. 216.

§. 2.

Mühlhausen ist ein dem Reichsritterort am Steigerwald einverleibter, im Bißthum Bamberg liegender, mit einer evangelischen Pfarre versehener Ort, welcher der freyherrl. Familie von Egloffstein gehört, die auch daselbst ein Vogtheyamt hat, und unstreitig die Dorfs- und Gemeindherrschaft des Ortes ist. In eben diesem Mühlhausen befinden sich aber auch freyherrl. von Zollnerische und gräfl. Schönbornische Schutzjuden, die auf den sogenannten Lehen dieser Herrschaften wohnen. Nun ist in der alten bereits vor einigen Jahrhunderten errichteten Mühlhäuser Gemeindordnung versehen, daß, bey Straf zween Gulden, in einem Hause nicht zween Beständner (Miethleute) seyn sollen. Da die vorgedachten Juden dieser Ordnung sehr entgegen zu handeln anfiengen, so geschah ihnen im Jahr 1738 einstweilen und bis auf weitere Verordnung die Bedeutung, von jedem Haushalten, so über zwey in einem Hause, worauf nur ein Gemeindrecht haftet, wohnen würden, jährlich die bestimmte Strafe von 2 Gulden Rheinl. halb der Herrschaft und halb der Gemeinde zu zahlen, welche Geldbuße das Ueberwohnsgeld genannt wird. Da aber die Juden sich demungeachtet nicht fügten, so wurde 1763 die Strafe auf 4 Gulden Rheinl. erhöht. Dagegen beschwerte sich sowohl die von Zollnerische, als die gräfl. Schönbornische Judenschaft, jedoch mit dem Unterschied, daß erstere sich blos der Erhöhung des Ueber-

wohngeldes widersetzte, letztere aber davon ganz frey seyn wollte. Die Zollnerische Judenschaft trat in der Folge von ihrem Widerspruche ganz ab. Die Schönbornische fügte sich zwar von 1767 bis 71. Aber im Jahr 1773 trat der Herr Graf, in Verbindung mit seiner Judenschaft, als Kläger auf, und suchte gegen die Herren Beklagten auszuführen, daß ihnen das Recht, die Freyheit seiner Schutzjuden, so viel Miethleute, als sie wollen, aufzunehmen, einzuschränken, weder nach den Grundsätzen von der Dorfs- und Gemeindherrschaft überhaupt, noch nach der besondern Verfassung von Mühlhausen züstehe.

§. 3.

Nun kommt es zwar bey der fränkischen Dorfs- und Gemeindherrschaft hauptsächlich auf Verträge, Gewohnheiten und den Besitzstand an, und eben deswegen sind die Rechte der einzelnen Dorfsherren ungleich. So viel aber bleibt allemal richtig, daß diese Herrschaft keine Landeshoheit über das Dorf ausmacht, ob sie gleich mit derselben verbunden seyn kann, auch an einigen Orten wirklich damit verknüpfet ist [a]). Eben so müssen auch von derselben die Rechte abgesondert werden, die zur hohen Gerichtsbarkeit und zur Vogtheylichkeit gehören, und sie schränkt sich demnach eigentlich auf die Policey und die Gerichtsbarkeit in Gemeinde-

a) Hr. Prof. Siebenkees am a. O. S. 210. u. f.

meindesachen und über die Personen, die Aemter in der Gemeinde bekleiden, als solche ein [3]). Insbesondere hat die Dorfsherrschaft über die Unterthanen fremder Herrschaften, die in dem Orte wohnen, keine Gewalt noch Bestrafungsrecht, als in so ferne sie Glieder der Gemeinde sind [4]). Unter diesen Umständen scheint aus dem Begriffe der Dorfs- und Gemeindherrschaft keine Befugniß zu fließen, die natürliche Freyheit der Einwohner des Orts und besonders der daselbst befindlichen fremden Unterthanen, unter Androhung willkührlicher, nach Belieben erhöhter Strafen dergestalt einzuschränken, daß sie auf ihren Gütern, die sie von auswärtigen Herren zu Lehen tragen, nicht mehr als eine bestimmte Zahl von Miethleuten sollen aufnehmen dürfen. Wie soll dieses Vermiethen, das auf den einzelnen Lehen vorgeht, als eine Gemeindesache betrachtet werden? Vielmehr bekommt es das Ansehen, daß durch eine solche Veordnung sogar ein Eingriff in die Rechte der Lehenherrschaften gemacht wird. Denn diese nehmen die sogenannten Beständner ebenfalls in ihren Schutz, und wie kann man dem Lehenherrn verwehren, wenn er mehreren auf seinem Lehen zu wohnen

3) (v. Wölfern) comment. in codicem statut. iuris Norici. I. Th. S. 302. Not. x). Besolds und Dietherrs thesaur. pract. Tom. I. art. Dorf.

4) Deinleins diss. de singulari custodiendorum ignium cura et inspectione Sect. 2. §. 5. Philoparchi kluger Beamter. I. Th. S. 681.

nen erlauben will? Hierzu kommt, daß das jährlich zu zahlende Ueberwohnsgeld auf eine den Lehenschaften aufbürdende Last hinauslauft, wodurch diese in Abwürdigung kommen, und also das herrschaftliche Interesse an Handlohn und Nachsteuer verkürzt wird.

§. 4.

Was nun die besondere Verfassung zu Mühlhausen anbetrifft, so wurde die Gültigkeit der alten Dorfsordnung darum bestritten, weil sie nicht mit Einwilligung sämtlicher Lehenherrschaften gemacht worden wäre. Aus einigen darinn vorkommenden Ausdrücken wollte ferner gefolgert werden, daß die Herren von Eglofstein solche eigentlich nur ihren Vogthey- und Lehenunterthanen vorgeschrieben hätten, mithin dieselbe sich nur auf die Gemeinde, in soweit sie aus Eglofsteinischen Unterthanen besteht, nicht aber auf andere Unterthanen, die auf fremden unmittelbaren Lehen wohnen, ziehen lasse. Das Protocoll vom 11. Jul. 1738, welches über die oben angeführte der gesamten Judenschaft zu Mühlhausen geschehene Bedeutung errichtet worden ist, suchte der Herr Graf in einen mit der Judenschaft errichteten Vergleich umzubilden, welcher eben um deswillen gegen ihn als Lehenherrn nicht angezogen werden könne, zumal die Juden, ohne herrschaftliche ausdrückliche Erlaubniß, ausser Stand gewesen wären, eine Verbindung einzugehen, wodurch der Herrschaft mittelbarer Weise ein Nachtheil zuwächset. Die

Juden

Juden benutzten nun auch die Hypothese von dem Vergleich, beschuldigten die damals zugegen gewesenen Juden, daß sie mit keiner Vollmacht von den übrigen versehen gewesen wären, und hielten sich um so mehr berechtiget, von diesem Vertrag wieder abzugehen, als die Freyherren von Egloffstein selbst einseitig davon abgewichen wären, und das auf 2 Gulden bedungene Ueberwohnsgeld eigenmächtig auf 4 Gulden erhöht hätten. Dieses habe ohne Einwilligung sämtlicher Gemeindsgenossen nicht geschehen können, da nicht einmal ein Landesherr ein neues Gesetz ohne Einwilligung seiner Landstände, die doch seine Unterthanen sind, machen oder ein altes aufheben könne. Endlich sollte die Unbilligkeit des sogenannten Ueberwohngeldes noch daraus erhellen, weil die Miethleute alle Lasten, gleich einem Gemeindsmann, ohne einigen Nutzen dafür zu haben, selbst die ausserordentlichen, tragen müßten, und an andern Orten davon gar nichts bekannt sey.

§. 5.

Dieses sind die Gründe, welche für die Kläger angeführt werden konnten. Es ist aber eine schon aus dem Begriff einer Dorfs- und Gemeindherrschaft fliessende, und besonders in Franken genugsam bekannte Wahrheit, daß diese Herrschaft die ausschließende Befugniß hat, eine Gemeinds- oder Dorfordnung zu machen, und solche, nach Beschaffenheit der Umstände, zu ändern, zu vermehren und wieder aufzuheben.

ben 5). Ihr Recht, Verordnungen zu machen, erstreckt sich auf alle Gegenstände, die auf das Wohl und die Glückseligkeit der Gemeinde irgend einen Einfluß haben 6). Sie kann also auch, so bald es das gemeine Wohl des Ortes erfordert, ohne Anstand die natürliche Freyheit der Gemeindeglieder einschränken. Eben so folget aus der Natur der Sache, daß alle zu der Gemeinde gehörigen Glieder, die in solcher leben und die Gemeindenutzungen genießen, sich den Verordnungen der Gemeindherrschaft in allen Sachen, die das Beste der Gemeinde betreffen, unterwerfen müssen, sie mögen sonst übrigens gehören, unter welche Herrschaft sie wollen. Ja es giebt Fälle, wo die Dorfs- und Gemeindherrschaft in denen in dem Ort befindlichen fremden Lehen selbst, über welche sie sonst nichts zu sagen hat, Rechte ausüben kann, z. B. wenn Hausvisitationen nach gestohlnen Sachen und verdächtigen Personen angestellt werden 7). In der alten Dorfsordnung von Mühlhausen ist noch überdies ausdrücklich versehen, daß alle diejenigen, so in dieser Dorfsgemeine wohnen, unter was Obrigkeit und

Lehen,

5) Siebenkees am a. O. S. 212.

6) Teuffels diss. de iurisdictione communitatis sive in res universitatis, die Dorf- oder Gemeindherrschaft und Gemeindrecht. Alt. 1719. Cap. 2. §. 1. Pufendorf de iurisdictione germanica. P. 3. Sect. 1. Cap. 1. §. 1. 9. Wehners observ. select. art. Vogtey.

7) Teuffel c. diss. Cap. I. §. 5. Cap. 2. §. 21.

Lehenherrschaft sie sonsten seyn mögen, sich dieser Ordnung gemäß halten, oder Verlustes aller Gemeindrechte, Nutz und Genießes gewärtig seyn sollten. Hiernächst haben die Freyherren von Egloffstein den Nachtheil überzeugend dargethan, welcher für die Gemeinde zu Mühlhausen aus der eingerissenen Gewohnheit entspringt, eine allzugrosse Anzahl von Miethleuten in einem Hause, das nur ein Gemeinderecht hat, aufzunehmen, welches hier anzuführen überflüßig seyn würde. Es ist überhaupt den Grundsätzen einer guten Dorfpolicey gemäß, daß keine Hausgenossen oder Miethleute, ohne obrigkeitlichen Vorbewußt aufgenommen werden, und also auch nicht ohne Vorbewußt der Dorfsherrschaft an den Orten, wo diese eingeführt ist. Da solche Hausgenossen oft nicht im Stande sind, sich gehörig zu ernähren, mithin der Gemeinde zur Last fallen, so ist dieses schon ein rechtmäßiger Grund, darauf zu sehen, daß sich ihre Anzahl nicht zu sehr vermehre. So wird in Chursachsen auf den Dörfern nicht mehr als ein Hausgenosse in einem Hause geduldet [8]). Vorzüglich aber kam in dem gegenwärtigen Falle in Betrachtung, daß die auf den fremden Lehen zu Mühlhausen wohnenden Juden, durch die Aufnahme so vieler von ihrer Nation, den Ort mit jüdischen Familien zur sehr angefüllt haben. Da nun diese Leute größtentheils ohne Vermögen sind und blos vom Wucher

8) Gabkens Grundsätze des Dorf- und Bauernrechts. S. 61. 62.

cher leben, so leuchtet der Schade, der durch ihre zu starke Anhäufung, besonders für die Landleute, entsteht, von selbst ein, zugleich aber auch die wohlgegründete Befugniß der Dorfsherrschaft, diesen Uebelstand abzuhelfen.

§. 6.

Die Dorfsherrschaft ist ohne Zweifel eben so, wie jede andere Obrigkeit, befugt, die Uebertreter ihrer Verordnungen zu bestrafen, und die Anfangs bestimmte Strafe nach Befinden der Umstände zu erhöhen, oder in eine andere der angedrohten gleiche zu verwandeln. Es ist nicht einzusehen, warum eine Dorfsherrschaft blos nur mit dem Verlust des Gemeinderechtes, oder der Ausschließung aus der Gemeinde, nicht aber auch mit Geldbußen sollte bestrafen können. Dieser in jenem Processe behaupteten Meinung widerspricht das Herkommen in Franken eben so sehr, als sie der Natur der Sache zuwider ist. Der Verlust der Gemeinderechte und die Ausschließung aus der Gemeinde ist eine härtere Strafe, als eine Geldbuße von einigen Gulden. Man bedient sich daher jener nur in dem Falle, wenn diese nichts fruchten will 9). Wer übrigens die höhere Strafe festsetzen kann, dem muß auch die geringere zu bestimmen frey stehen. Eben so ungegründet war der aufgestellte Satz, daß die Gemeindsherr-

9) Teuffel cit. diss. Cap. 2. §. 20.

herrschaft, wenn sie die Vergehungen eines Gemeindegliedes untersuchen und bestrafen will, vorerst deren ordentliche Herrschaften requiriren müsse. Diese und andere dergleichen Einschränkungen der Gerechtigkeiten einer Dorfsherrschaft können nur alsdann angenommen werden, wenn sie ihren Grund in Verträgen oder einem unstreitigen Herkommen haben. Ausserdem gilt auch hier die allgemeine Regel, daß einer Obrigkeit gegen die Personen, die ihrer Gerichtsbarkeit unterworfen sind, alle Mittel selbst und unmittelbar zustehen, ohne welche diese nicht ausgeübt und erhalten werden kann [10]). Die Gemeindeherrschaft bestraft die Unterthanen fremder Herrschaften nicht als solche, sondern als Gemeindsgenossen, die nach denen in der Gemeinde bestehenden Ordnungen leben müssen. Hierdurch geschieht den Lehenherrschaften nicht der mindeste Nachtheil, da sie alle übrige lehenherrliche und vogtheyliche Rechte über ihre Unterthanen und Lehenleute behalten [11]). Die alte Dorfsordnung von Mühlhausen begründet die Befugniß der Dorfsherrschaft, die dortige Gemeindsgenossen, ohne Requisition ihrer ordentlichen Obrigkeit allein zu bestrafen, mit den deutlichen Worten: unersucht seiner Herrschaft. Zum Ueberfluß hatten die Freyherren von Eglofstein dem Herrn Grafen die feyerlichste Versicherung ausgestellt, daß

10) Ertel de iurisdictione inferiore civili. Cap. II. §. 1.

11) Teuffel cit. diss. Cap. I. §. 7.

daß sie nicht die mindeste Absicht hätten, durch die Ausübung ihrer Dorfsherrschaft, seinen lehenherrlichen und übrigen Rechten im geringsten zu nahe zu treten, noch auf seinen Lehen etwas zu befehlen. Auch konnte in der Sache nichts ändern, daß nicht sowohl die Gräfl. Schönbornische Juden selbst, sondern der Herr Graf die Beständner auf und in Schutz nehme. Denn in einem Ort, wo einmal eine Dorfsherrschaft eingeführt ist, darf auch die Lehenherrschaft keine Handlung vornehmen, wodurch die Verordnungen der Dorfsherrschaft vereitelt werden. Sonst würde diese eine sehr traurige Rolle spielen. Jene kann auch ihren Beständnern keine mehrere Freyheit verwilligen, als die Besitzer ihrer Lehen in der Eigenschaft von Gemeindegliedern ursprünglich hergebracht haben. Nun ist aber schon in der alten Dorfsordnung bey zween Gulden Strafe verboten, daß in einem Hause, worauf nur ein Gemeinderecht haftet, mehr als ein Beständner aufgenommen werden soll. Die aus der Bezahlung des Ueberwohngeldes vorgebildete Abwürdigung der Lehen und die daraus hergeleitete Verkürzung des lehenherrlichen Interesse war übertrieben, weil eine Geldstrafe, welche die ungehorsamen Besitzer der Lehen aus ihrem Beutel in jedem Jahre, wo sie verbotswidrig handeln, bezahlen müssen, keineswegs eine dem Lehen selbst aufgelegte und dessen Werth vermindernde Last genannt werden kann. Uebrigens ist diese Geldbuße eine nothwendige Folge des Ungehorsams, welche

die

die Besitzer der Lehen sofort vermeiden können, wenn sie es nur bey der Gemeindeordnung lassen. Ausserdem haben sie ihren Schaden ihrer eigenen Lehenherrschaft, die ihnen hierzu die Veranlassung giebt, zuzuschreiben.

§. 7.

Die gegen die Gültigkeit der alten Dorfsordnung gemachten Einwürfe sind von gar keiner Bedeutung. Aus der bereits angeführten Stelle derselben widerlegt sich das Vorgeben, daß sie nur die von Eglofsteinischen Unterthanen betreffe, von selbst. Da hiernächst das Recht, eine Dorfsordnung zu machen, der Dorfsherrschaft ganz allein zusteht, so hat sie hierzu die Einwilligung der Lehenherrschaften nicht nöthig. Ueberhaupt waren alle Einwendungen gegen diese alte Dorfsordnung um so mehr vergeblich, als dieselbe schon seit Jahrhunderten vorhanden, zu verschiedenenmalen erneuert und deren Gültigkeit und Verbindlichkeit nie bestritten, vielmehr immer anerkannt worden ist. Das Protocoll vom Jahr 1738 beweist nichts weniger, als einen mit den Juden getroffenen Vergleich. Es heißt darin ausdrücklich: als hat man sub acto der ganzen Judenschaft, in specie aber denenjenigen, so wider das Herkommen zu viel in einem Hause aufgenommen, bedeuten lassen. War also kein Vergleich vorhanden, so fiel von selbst alles hinweg, was daraus hat hergeleitet werden wollen. Da ferner jene Bedeutung nur ad in-

XXIX.

Ob ein Rabbiner das Recht habe, Vormünder zu bestellen, Inventuren und Theilungen vorzunehmen und über Erbschaftsstreitigkeiten zu erkennen? erläutert durch einen Fall von Hildesheim.

§. 1.

Der Regel nach müssen die in Teutschland befindliche Juden, in ihren bürgerlichen Angelegenheiten, sowohl überhaupt nach den gemeinen einheimischen und fremden Rechten leben, als insbesondere nach den Rechten des Landes und des Ortes, wo sie aufgenommen sind, sie mögen nun mit einem Christen oder unter sich zu thun haben [1]. Ihre Verbindlichkeit, sich nach dem römischen Recht zu richten, ist schon durch das bekannte Gesetz des K. Arcadius und Honorius entschieden [2]; und zum Ueberfluß hat man ihnen in einigen Landesgesetzen zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß sie sich nach den Landesrechten richten müssen.

1) Zieglers diss. de iuribus Iudaeorum Cap. I. §. 7. Böhmers ius ecclesiastic. Protest. Tom. 4. Lib. 5. Tit. 6. §. 57. sqq. Hrn. Oberappell. Rath Gatzerts tract. de iuribus Iudaeorum eorumque obligationibus, praecipue parochialibus §. 7. Glücks Erläuterung der Pandecten I. Th. S. 154.

2) L. 8. C. de iudaeis et coelicolis.

müssen [3]). Indessen leidet diese Regel ihre Ausnahme in solchen Staaten, wo die Regenten ihren Juden verwilliget haben, daß die Geschäfte und Streitigkeiten, welche sie unter sich haben, vorzüglich aus ihren eigenen jüdischen Rechten und Gewohnheiten entschieden werden sollen [4]). Alsdenn gelten die Landes- und gemeinen Rechte nur als subsidiarische Entscheidungsquellen, daferne nicht von solchen Gesetzen die Rede ist, welche, um des gemeinen Besten willen, allen Unterthanen, ohne Ausnahme, etwas gebieten oder verbieten. Hiernächst versteht sich allemal von selbst, daß alle die jüdische Religion und die gottesdienstliche Einrichtung betreffenden Sachen aus jüdischen Kirchengesetzen entschieden werden müssen. Denn dieses ist eine nothwendige Folge der Duldung und der damit verknüpften Gewissensfreyheit [5]). Das nämliche findet aber auch billig bey solchen Gegenständen des bürgerlichen Rechts statt, die mit der Religion der Juden in Verbindung stehen. Dahin gehören unter andern die

3) Z. B. in Markgrafens Christian Ernsts von Bayreuth Policeyordnung Tit. 35. und in der revidirten Policeyordnung Markgr. Friedrichs vom 1. Sept. 1746. Tit. 37. §. 2. in Corp. Constitut. Brand Culmb. 2. Th. 1. B. S. 674. u. 774.

4) Hrn. Geh. Justizr. Böhmers diss. de officio et potestate Rabbini provincialis in terris Brunsvico-Luneburgicis §. 4.

5) Hoffers Abh. von der Kraft der teutschen Policeygesetze in Absicht auf die Toleranz und Nahrungsarten der Juden §. 3. in dessen Beyträgen zum Policeyrecht der Teutschen, 2. St. S. 430.

Erbschaftssachen, wo ihre Einrichtungen oft von den Vorschriften der gemeinen Rechte abweichen. Sie succediren z. B. nach den Stämmen, nicht nach den Häuptern. Bey ihrer Intestaterbfolge schließt in dem nämlichen Grade das männliche Geschlecht das weibliche aus. Die Söhne beerben ihren Vater mit Ausschluß der Töchter. Das erstgebohrne Kind männlichen Geschlechts hat vor den andern wieder Vorzüge [6]. Die Juden sehen ihre mosaischen Erbschaftsgesetze als unveränderliche göttliche Gesetze an, zu deren heiligen Beobachtung sie sich im Gewissen verbunden glauben [7]. Es kann demnach die insgemein angenommene Regel, daß die Erbschaftsfälle der Juden lediglich nach den Landes- und gemeinen Rechten zu entscheiden seyn, nur unter der Einschränkung zugegeben werden, daferne diese Rechte mit den mosaischen Erbschaftsgesetzen nicht im Widerspruche stehen. Denn ausserdem ist es eben darum, weil die Religion der Juden mit solchen Sachen in Verbindung steht, der Gewissensfreyheit gemäß, daß sie fordersamst nach den mosaischen Rechten beurtheilet werden. Diese müssen hier den Particular-

6) Michaelis Mosaisches Recht 2. Th. §. 78. 79. Moses Mendelssohns Ritualgesetze der Juden. 1. Hauptst. 1. Abschn. §. 1. 3. 2ter Abschn. §. 1. 2. 4ter Abschn. §. 1. Thiels principia iurisprudentiae iudaicae per Germaniam communis §. 189. sqq. Schröters vermischte juristische Abhandlungen 1. B. S. 130. u. f.

7) Mendelssohn in der Einleit. S. 1. Thiel l. c. §. 184.

cularrechten und Statuten gleichgeschätzt werden, und eben so, wie diese, den Vorzug vor den gemeinen Rechten haben. Diese Wahrheit erkennen auch verschiedene Rechtslehrer [8]).

§. 2.

Daraus aber, daß die Juden in ihren bürgerlichen Sachen wenigstens da, wo ihre Religion einschlägt, nach ihren eigenen Rechten zu richten sind, folgt noch keineswegs, daß sie nothwendig eigene Richter aus ihrer Nation haben müssen. Denn auch der christliche Richter kann sie nach ihren eigenen Rechten beurtheilen 9), und sich bey jüdischen Rechtsverständigen Raths erholen. Daher sind die Juden in bürgerlichen Gegenständen der Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters des Ortes unterworfen, wo sie sich aufhalten 10), daferne ihnen nicht die Landesherrschaft in den Streitigkeiten, die sie unter sich haben, in der ersten Instanz, ihre eigenen Richter verstattet hat,

M 5 welches

8) Pfeffingers Vitriar. illustr. Tom. 3. Lib. 3. Tit. 17. §. 87. nor. f. h. Hildebrands iurisdictio universa secundum mores hodiernos compendiose considerata. Cap. 18. §. 4. Becks tract. de juribus Judaeorum Cap. 4. §. 4. Cap. 16. §. 5. Thiel l. c. §. 30. 31. 34. Hr. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 644.

9) Thiel l. c. §. 28. Runde am a. O.

10) Ziegler l. c. Cap. 6. §. 5. 8. Thiel l. c. §. 42. Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. 123. Bed.

welches in mehrern Landen unter mancherley Einschränkungen [11]) aus sehr vernünftigen Gründen geschehen ist. Der Landesherr verliert hiebei nichts. Die Gerichtsbarkeit wird immer in seinem Namen und unter seiner Oberaufsicht ausgeübt. Die Berufungen gehen an seine Gerichte, er kann jeden allenfalls vorkommenden Mißbrauch abstellen, und die aus Gnaden verstattete Gerichtsbarkeit jederzeit zurücknehmen. Dahingegen gereicht es den Juden zur grossen Beruhigung, wenn ihre eigene Gesetzverständige ihre erste Instanz ausmachen. Die Juden haben übertriebene Begriffe von ihren Rabbinern und eine unbegränzte Hochachtung gegen ihre eigene Gerichte, da sie hingegen die christlichen desto geringer schätzen und möglichst zu verhüten suchen, ihre Streitigkeiten bey diesen anhängig zu machen. Haben sie nun keine eigene Richter, so lassen sie, mit Vorbeygehung des christlichen, ihre Streitigkeiten bey einem auswärtigen Rabbiner entscheiden, oder wenn sie auch den christlichen Richter nicht umgehen können, so unterwerfen sie sich doch nur zum Schein seinem Ausspruch und suchen in der Stille das Erkenntniß eines fremden Rabbiners [12]). In solchen Orten,

11) Beck l. c. Cap. 16. §. 5. Gatzert §. 19. 21. G. L. Böhmers diss. alleg. §. 11. Thiel §. 100.

12) Bodenschatzens kirchliche Verfassung der heutigen Juden 2. Th. Kap. 8. §. 1. Antons Einleitung in die Rabbinischen Rechte. Kap. 1. 2. §. 12. Böhmers diss. §. 10.

Orten, wo die Juden Synagogen haben, sind zur Entscheidung der bürgerlichen Streitigkeiten die Barnossen angeordnet, deren Gerichtsbarkeit mit der des Rabbiners dergestalt concurriret, daß jene, ohne seine Mitwirkung, weder mit dem Bann belegen, noch den Streit entscheiden können [13]. Hiernächst aber sind die Rabbiner, besonders die Landrabbiner, die gewöhnlichen jüdischen Richter, welche auch die Ausfertigung wichtiger rechtlicher Urkunden besorgen [14]. Der Rabbiner hat aber keine Gerichtsbarkeit im eigentlichen rechtlichen Verstand, indem von seinem Ausspruch die Berufung an den ordentlichen Richter gilt [15]. Jedoch findet sich hier wieder ein Unterschied. Zuweilen hat der jüdische Kläger die Wahl, ob er die Klage wider seinen Glaubensgenossen bey dem ordentlichen Richter, oder dem Rabbiner anbringen will [16]. Der Rabbiner kann aber auch ein nothwendiger Schiedsrichter seyn, dem sich die Juden in ihren Streitigkeiten unterwerfen müssen [17].

§. 3.

13) Thiel §. 376.

14) Böhmer §. 7. 8. Thiel §. 313. Schröter a. a. O. S. 151. u. f.

15) Böhmer §. 19. 24. Thiel §. 176.

16) Böhmer §. 20.

17) Strubens rechtl. Bed. 3. Th. Bed. 80.

§. 3.

Auf die Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit haben die Rabbiner, wenn ihnen gleich die Befugniß, in Streitsachen zu erkennen, gestattet ist, keinen Anspruch zu machen, sondern sie gebühren der christlichen Obrigkeit, unter welcher die Juden stehen [18], es wäre denn, daß sie auch zu solchen Dingen eine landesherrliche Concession aufzuweisen hätten. Wenn insbesondere der Fall eintritt, daß unmündigen Juden Vormünder bestellt werden sollen, so geschieht dieses der Regel nach von der ordentlichen Obrigkeit des Orts, und die Juden erkennen auch das Recht derselben, Vormünder zu ernennen [19]. Bey Vormundschaften kann die Sache auch darum keinen Anstand haben, weil in dem mosaischen Recht hievon nichts vorkommt [20], und die Religion der Juden hierauf keinen Einfluß hat. Gleiche Beschaffenheit hat es mit den Inventuren, als welche ebenfalls in der Regel der ordentlichen Ortsobrigkeit um so mehr zukommen, als hiebey nicht selten das landesherrliche Interesse zu beobachten ist. Nun ist zwar, wenn Minderjährige verhanden sind, in den jüdischen Rechten versehen, daß die Richter mit Zuziehung der Vormün-

der

18) Böhmer cit. diss. §. 21.

19) Thiel l. c. §. 169. Mendelssohn a. a. O. 2. Hauptst. 2. Abschn. §. 4.

20) Michaelis a. a. O. §. 137.

der ein genaues Verzeichniß der Verlassenschaft machen sollen [21]). Allein hier ist immer vorauszusetzen, daß die Inventurgeschäfte den jüdischen Richtern von der Landesherrschaft überlassen worden sind. Ausserdem kann eben dieses von dem christlichen Richter geschehen. So viel hingegen die Erbtheilungen betrift, so hat die jüdische Religion auf diesen Gegenstand allerdings Einfluß. Wenn daher über eine Theilung Streitigkeiten entstehen, so sind solche nach jüdischen Rechten zu entscheiden. Haben die Juden ihre eigene Richter, so gehört die Entscheidung für diese, und namentlich für die Rabbiner. Im entgegengesetzten Fall entscheidet zwar der christliche Richter. Aber die Juden können billig verlangen, daß die Entscheidung nach ihren eigenen Rechtsgrundsätzen geschehe, und daß hiebey der Rath ihrer Rechtsverständigen, wohin die Rabbiner vorzüglich gehören, eingeholt werde. Daferne aber nicht von einer Streitigkeit, sondern lediglich von der Besorgung des Theilungsgeschäftes die Frage ist, so unterscheiden die jüdischen Rechte [22]), ob alle Erben volljährig sind oder nicht? Im ersten Fall kann die Theilung ohne die Gerichte geschehen, folglich kann der Rabbiner seine Gegenwart nicht aufdringen. In dem andern aber können die Vormünder, wenn sie auch von dem Erblasser bestellt worden, die Theilung nicht ohne

21) Mendelssohn 2. Hauptst. 1. Abschn. §. 6.

22) Ebend. 1. Hauptst. 5. Abschn. §. 7.

gen, wenn die Discretionstage bloß zu Gunsten des Acceptanten eingeführt sind, derselbe auch vor deren Ablauf dem Präsentanten des Secundawechsels ohne besorglichen Nachtheil Zahlung leisten kann, wenn der Inhaber des Primawechsels zur Verfallzeit noch völlig unbekannt ist [12]. Denn wenn gleich mehrere Rechtsgelehrte dafür halten, daß der Secunda, in Ermangelung des Primawechsels, nicht anders, als gegen eine hinlängliche Caution zu bezahlen sey, so schränken sie doch solches nur auf den Fall ein, wenn der Primawechsel bereits acceptirt gewesen, und zur Zahlung nur der Secunda producirt wird [13].

§. 6.

Uebrigens ist die fernere Frage, ob in einem vorkommenden Falle die Discretionstage zum Besten des Präsentanten oder des Acceptanten eingeführt seyn? aus den Wechselgesetzen und der Wechsel Usance desjenigen Orts zu entscheiden, wo der Wechsel acceptirt worden, und daher bezahlet werden muß [14].

12) FRANCK in seinen Institut. iur. camb. Lib II. Sect. VI. Tit. I. §. 6. not. a) sagt daher ganz richtig: Quodsi alter (cui scilicet litterae cambiales quoque indossatae fuerunt) ignoretur, recte solvitur ei, qui cambium quodcunque die praesente prior exigit.

13) Ludovici Einleit. zum W. Pr. Kap. IV. §. 29. Beck in dem angef. Tractat Kap. VI. §. 19. u. 20. Siegel in der Einleitung Kap. V. §. 15. Püttmanns Grundsätze §. 137. und RICCII Exercitat. iuris cambial. XVI. de litterarum cambialium amissione (Goettingae 1781.) §. 7.

14) Siegels Einleitung Kap. IV. §. 27.

XXVII.

Ueber die Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag, insonderheit, wenn solcher die Aufhebung eines öffentlich geschlossenen Kaufs betrift.

§. 1.

So gewiß es ist, daß das bloße Stillschweigen an und für sich weder für eine Einwilligung noch für eine Mißbilligung zu halten sey [1]; so vielem Zweifel ist jedoch die Frage unterworffen, was das Stillschweigen in dem Falle für eine Wirkung habe, wenn jemand auf einen ihm geschehenen Antrag, worauf er sich erklären sollte, keine Antwort gegeben? [2] Zwar giebt man insgemein die Regel, daß das Stillschweigen als eine Einwilligung sodann anzusehen sey, wenn der Schwei-

1) L. 142. D. de Reg. iur. Cap. 44. de Reg. iur. in VIto.

2) Man vergleiche Henr. COCCEJI Diss. de silentio (Exercitat. T. I.) Phil. HAHN Diss. de praeiudicio tacentis. Mogunt. 1746. Leonh. Guil. SCHNETLAGE Diss. de consensu tacito ex silentio. Harderovici 1764. Henr. BROKES D. de silentio consensum non inferente; (in Observat. For.) de CRAMER de tacente dissentiente (Opusc. T. II.) Goetz rechtliche Betrachtungen über das Schweigen. (in desselben Beyträgen zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Bandes 4. Stück Nr. XXVI.) HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 184. und Reinhards Sammlung jurist. philosoph. u. krit. Aufsätze 1. Bandes 5. Stück Nr. I.

Schweigende hätte reden können und sollen; allein wenn gleich diese Regel in vielen Fällen nach Vorschrift der Gesetze allerdings ihren guten Grund hat [3]; so giebt es doch unläugbar Fälle, wo sie nicht füglich angewendet werden kann. Dahin gehört einmahl, wenn von solchen Handlungen die Rede ist, welche eine ausdrückliche Einwilligung oder bestimmte Erklärung erfordern. Bey diesen kann das Stillschweigen auf einen geschehenen Antrag nie für eine Einwilligung gehalten werden. So ist es zum Beyspiel bekannt, daß wenn ein Frauenzimmer auf den ihr von einer Mannsperson gemachten Heyratsantrag, keine Antwort gegeben, derselben Stillschweigen als eine abschlägliche Antwort angesehen wird [4]. Es heißt hier nach einem bekannten Sprüchwort: Keine Antwort ist auch eine Antwort [5]. Eben dieses ist bey Lehensveräusserungen bekannten Rechtens, als bey welchen ein bloßes Stillschweigen des Lehnsherrn nicht für hinreichend gehalten, sondern vielmehr erfordert wird, daß derselbe, auf vorgehendes Nachsuchen des Vasallen, seine

3) L. 16. D. ad SCtum Macedon. L. 12. D. de evictionib. L. 8. D. quemadm. fervit. amitt. L. 4. §. 3. D. de fidejuss. tutor.

4) Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts 2. Hauptstück §. 8.

5) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern II. Abh. S. 97. nach der neuesten Ausgabe vom Jahr 1792.

seine Einwilligung zur Veräußerung deutlich und bestimmt erkläre 6).

§. 2.

Sodann ist bey Bestimmung der rechtlichen Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag weiter darauf zu sehen, ob Jemand, sich darauf zu erklären, gerichtlich war aufgefordert worden, oder nicht. Im ersten Falle wird das Stillschweigen des Imploraten als ein Ungehorsam angesehen, und daher zu seinem Nachtheil erklärt 7). Nam qui in iure interrogatus omnino non respondit, contumax est, sagt Ulpian 8), quia Praetorem contemnere videtur. Zwar will man nach der gemeinen Meinung ein solches Stillschweigen eher für eine verneinende als bejahende Antwort halten 9), weil Ulpian sagt: Qui tacuit apud Praetorem, in

6) a WERNHER Observat. for. T. I. P. II. Observat. 368. HORN iurisprud. feud. Cap. XIX. §. 2. BOEHMER Consultat. et Decis. T. II. P. I. Resp. 336. n. 17. Casp. Achat. BECK Diss. de consensu feudali § 38. et 39. PÜTTMANN de necessitate agnatorum simultaneeque investitorum in feudi oppignorationem consentiendi pag. 16. sq.

7) VOET in Commentar. ad Pandect. T. I. Tit. de interrogat. in iure fac. §. 9.

8) L. 11. §. 4. D. de interrogat. in iure fac.

9) Ant. FABER in Rational. ad dict. L. 11. §. 4. D. de interrogat. HOMMEL in Rhapsod. Quaest. For. Vol. II. Obs. 411. pag. 342.

in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, *quasi negavit si heredem esse;* allein der römische Jurist will nur so viel sagen: wer auf geschehenes Befragen vor Gericht, ob er Universalerbe sey, nicht geantwortet, kann nun seines Ungehorsams wegen eben so gut als Universalerbe belangt werden, als derjenige, welcher befragt worden, ob er heres ex semisse sey, und dieses geläugnet hat [10]). Voluit enim Praetor, sagt eben dieser Jurist [11]), adstringere eum, qui convenitur, ex sua in iudicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret. Nach dem jüngsten Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 36. ließe sich indessen jene Meinung eher rechtfertigen [12]).

§. 3.

Betrift endlich der geschehene Antrag noch insonderheit die Aufhebung eines Bilateralcontracts, so kann das Stillschweigen derjenigen Parthey, welche sich darauf erklären sollte, für eine stillschweigende Einwilligung um so weniger gehalten werden, da hierzu mutuus

10) S. Io. WYBO in lib. sing. de interrogationibus in iure. (Lugd. Batavor. 1732. 8.) Cap X. p. 149. und R. I. POTHIER in Pandectis Iustinianeis (Lugduni 1782. fol.) Tom. I. Tit. de interrogat. in iure §. 21. pag. 329.

11) L. 4. pr. D. de interr. in iure.

12) I. H. BOEHMER in Diss. de contumacia non respondentis. Halae 1717. Cap. I. §. 24.

mutuus dissensus schlechterdings erfordert wird [13]), und es überdem hier auf die Begebung eines wechselseitigen Rechts ankommt, welche im Zweifel nie vermuthet werden kann. Quilibet enim potius salvo iure suo tacuisse, quam iuri suo renunciasse intelligitur, cum nemo jactare suum praesumatur [14]).

§. 4.

Nach diesen Rechtsprincipien wurde in folgendem Falle gesprochen. Der Schutz- und Handelsjude Mayer Götz Amschel zu Frankfurt am Mayn, erstand im Jahr 1778 des in Concurs verfallenen Juden Mayer Löw Fulda's Haus sub hasta um das höchste Gebot. Er zahlte auch auf Abschlag 20 Fl. 15 Kr. Anstatt nun, daß ihm dieses Haus hätte geräumt und übergeben werden sollen, machten die Fuldaischen Kinder einen Anspruch darauf, welcher die Folge hatte, daß der Kauf nicht vollzogen werden konnte. Dieß bewog den Käufer, mittelst einer unterm 17. Januar 1787 übergebenen Imploration den Kauf zu widerrufen, und zu bitten, daß dem Ausschuß der Fuldai-

13) Quod enim consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo est dissolvendum. L. 1. Cod. quando liceat ab emt. discedere. Et renunciare semel constitutae obligationi, adversario non consentiente, nemo potest. L. 5. Cod. de Obligat. et action.

14) PUFENDORF Tom. II. Observat. 86. §. 2. CRAMER Tom. IV. Observat. 1147. pag. 454.

schen Gläubiger die Erstattung der auf Abschlag bezahlten 20 Fl. 15 Kr. auferlegt werden möchte. Diese Imploration ward auch dem Handelsmann Johann Gerhard Hofmann, als Ausschuß der Fuldaischen Gläubiger, zur Erklärung mittelst Bestimmung eines Termins von 8 Tagen zugefertiget. Allein dieser schwieg, und so blieb denn die Sache liegen bis in das Jahr 1792. Unterdessen war der Käufer gestorben. Desselben Sohn übergab hierauf bey dem Schultheisenamte eine Schrift sub praes. de 11. Febr. 1792, worin derselbe, als Erbe seines Vaters, den von letzterem im Jahr 1787. geschehenen Antrag zur Wiederaufhebung des sub hasta geschlossenen Hauskaufs, weil selbiger von dem Ausschuß der Fuldaischen Gläubiger noch zur Zeit nicht acceptiret worden, um deßwillen zurücknimmt, weil nunmehr die darüber obgewalteten Streitigkeiten gehoben, und folglich die Anstände, die seinen Vater damalen seinen Kauf gereuen ließen, dadurch beyseitiget worden. Diese Anzeige wurde abermals dem Curatori massae zur Erklärung communicirt, und dazu ein Termin von 8 Tagen gesetzt. Allein auch hierauf erfolgte die abgeforderte Erklärung noch nicht. Implorant beschuldigte daher den Curatorem massae Ungehorsams, und bat um Ansetzung eines Präjudicialtermins, welcher auch auf 8 Tage anberaumt wurde. Nun erst erfolgte des Curatoris Erklärung, welche dahin gieng: daß die Gläubiger nicht gemeinet wären, den Antrag des Imploranten weiter

anzunehmen, vielmehr bitten wollten, das Haus nach vorgängiger Bekanntmachung anderweit zu verganthen. Der nun verstorbene Handelsmann Hofmann, als damaliger creditorischer Ausschuß, habe dadurch, daß er die von des Implorantens Vater unterm 17. Januar 1787 eingereichte Vorstellung nicht beantwortet, zu erkennen gegeben, daß er sich den von jenem geschehenen Antrag zur Wiederaufhebung des sub hasta geschlossenen Hauskaufs gefallen lassen wolle, und diese Lossagung stillschweigend acceptirt, weil er sonst, wenn dieses seine Meinung nicht gewesen wäre, gewiß widersprochen haben würde. Es trete also hier die Regel ein, quod is, qui tacet, dum loqui potuit ac debuit, pro consentiente habendus sit. Implorant könne daher, als Erbe seines Vaters, nach der Regel: quod ad iura renunciata non detur regressus, auf das in Frage stehende Haus keine weitere Ansprüche machen.

§. 5.

Allein nach der Beschaffenheit des vorgetragenen Falles kann wohl die Regel: qui tacet, cum loqui potuisset ac debuisset, consentire videtur, dem Curatori massae hier nicht zu statten kommen. Denn einmal war sein und seines Vorgängers Stillschweigen, da ihnen vermöge gerichtlichen Decrets war auferlegt worden, sich binnen einer deßhalb gesetzten Frist zu erklären, offenbar ein Ungehorsam. Dieser kann ihnen nicht zum

Vortheil gereichen, cum nemini mora et contumacia sua prodesse possit [15]. Sodann kam es hier auf die Aufhebung eines gerichtlich sub hasta geschlossenen Kaufs an, von welchem Käufer für sich einseitig nicht abgehen konnte, wenn er auch gleich das auf Abschlag bezahlte Kaufgeld hätte im Stiche lassen wollen [16]. Man konnte auch von Seiten des creditorischen Ausschusses nicht vermuthen, daß dieser sich seines Rechts aus dem Contract habe begeben wollen, oder daß derselbe zur Aufhebung des Kaufs von den übrigen Gläubigern bevollmächtiget gewesen sey. Man konnte vielmehr das Gegentheil schließen. Denn Implorantens verstorbener Vater hatte in seiner unterm 17. Jan. 1787 übergebenen Imploration zugleich um Erstattung der auf Abschlag bezahlten Kaufgelder ausdrücklich gebeten. Diese aber war von Seiten des creditorischen Ausschusses nicht erfolgt, welche jedoch um so mehr hätte bewirkt werden sollen, je weniger ohne diese Zurückzahlung des abschläglich bezahlten Kaufschillings die Absicht des Implorantens, nämlich die Wideraufhebung des Kaufs, zu erreichen war [17]. Da also unter diesen Umständen aus dem Stillscheigen des creditorischen Ausschusses eine Einwilligung desselben in die angetragene Aufhebung des sub hasta geschlossenen Kaufs un-

15) L. 173. §. 2. D. de Reg. iur.

16) L. 6. Cod. de rescind. vendit.

17) L. 58. D. de pactis.

unmöglich gefolgert werden konnte [18]), indem es hier gänzlich an einer gewissen positiven Handlung fehlte, welche doch nothwendig zu dem Stillschweigen hinzukommen muß, wenn dasselbe als eine Einwilligung soll angesehen werden [19]); so stand es dem Imploranten ohne allem Zweifel frey, den von seinem verstorbenen Vater geschehenen Antrag wegen nicht erfolgter Acceptation desselben nach seinem Gefallen zurückzunehmen. Denn eine einseitige Willenserklärung ist unverbindlich [20]). Aus diesem Grunde kann daher auch die Regel, daß man zu seinem Rechte, worauf man einmal Verzicht gethan hat, nicht mehr zurückkehren könne, hier keine Anwendung finden, da dieselbe voraussetzt, daß ein anderer aus diesem Verzicht bereits ein Recht erworben, welches aber in dem gegenwärtigen Falle nicht behauptet werden kann.

18) Nam tacens pro consentiente haberi nequit si finis ipsius negotii, quod intenditur, citra actum quendam intermedium obtineri nequit. BROCKES select. Observat. for. Obs. 6.

19) Götz in den angef. Beiträgen. 2. Band S. 403.

20) L. 108. §. 1. D. de Verb. obligat. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 33. Io. Gottl. HOETTEL Diss. de permissa in iure circa actus et negotia quaedam poenitentia. (Altorfii 1728.) Cap. II. Sect. I. §. 1.

XXVIII.

Rechtliche Entscheidung der Frage, ob eine Dorfs- und Gemeindherrschaft in Franken befugt sey, die Freyheit der in dem Ort befindlichen Hausbesitzer, sonderlich wenn sie einer fremden Herrschaft unterworfen sind, dergestalt einzuschränken, daß sie nur eine bestimmte Anzahl von Miethleuten aufnehmen dürfen?

§. 1.

Die Dorfs- und Gemeindherrschaft in Franken ist, wie Herr Prof. Siebenkees in der unten [1]) angeführten Schrift sehr richtig bemerket hat, eine sehr ergiebige Quelle von Streitigkeiten. Ueber die vorstehende Frage kam es bey dem fränkischen Reichsritterort am Steigerwald und in der Folge bey dem kaiserl. Reichshofrath zu einem Rechtshandel zwischen dem Herrn Grafen Damian Hugo Erwein von Schönborn nebst seiner Schutzjudenschaft zu Mühlhausen, und dem freyherrlichen Geschlecht der Herren von Egloffstein. Da die fränkische Dorfs- und Gemeindherrschaft unter die noch zur Zeit wenig bearbeite Gegenstände gehört, so wird vielleicht dieser kleine Beytrag nicht ganz unnütz seyn.

§. 2.

1) Beyträge zum teutschen Recht. 1. Th. Num. 7. von der Gemeindherrschaft in Franken. S. 216.

§. 2.

Mühlhausen ist ein dem Reichsritterort am Steigerwald einverleibter, im Bißthum Bamberg liegender, mit einer evangelischen Pfarre versehener Ort, welcher der freyherrl. Familie von Eglofstein gehört, die auch daselbst ein Vogtheyamt hat, und unstreitig die Dorfs- und Gemeindherrschaft des Ortes ist. In eben diesem Mühlhausen befinden sich aber auch freyherrl. von Zollnerische und gräfl. Schönbornische Schutzjuden, die auf den sogenannten Lehen dieser Herrschaften wohnen. Nun ist in der alten bereits vor einigen Jahrhunderten errichteten Mühlhäuser Gemeindordnung versehen, daß, bey Straf zween Gulden, in einem Hause nicht zween Beständner (Miethleute) seyn sollen. Da die vorgedachten Juden dieser Ordnung sehr entgegen zu handeln anfiengen, so geschah ihnen im Jahr 1738 einstweilen und bis auf weitere Verordnung die Bedeutung, von jedem Haushalten, so über zwey in einem Hause, worauf nur ein Gemeindrecht haftet, wohnen würden, jährlich die bestimmte Strafe von 2 Gulden Rheinl. halb der Herrschaft und halb der Gemeinde zu zahlen, welche Geldbuße das Ueberwohnsgeld genannt wird. Da aber die Juden sich demungeachtet nicht fügten, so wurde 1763 die Strafe auf 4 Gulden Rheinl. erhöht. Dagegen beschwerte sich sowohl die von Zollnerische, als die gräfl. Schönbornische Judenschaft, jedoch mit dem Unterschied, daß erstere sich blos der Erhöhung des Ueber-

wohngeldes widersetzte, letztere aber davon ganz frey seyn wollte. Die Zollnerische Judenschaft trat in der Folge von ihrem Widerspruche ganz ab. Die Schönbornische fügte sich zwar von 1767 bis 71. Aber im Jahr 1773 trat der Herr Graf, in Verbindung mit seiner Judenschaft, als Kläger auf, und suchte gegen die Herren Beklagten auszuführen, daß ihnen das Recht, die Freyheit seiner Schutzjuden, so viel Miethleute, als sie wollen, aufzunehmen, einzuschränken, weder nach den Grundsätzen von der Dorfs- und Gemeindherrschaft überhaupt, noch nach der besondern Verfassung von Mühlhausen zustehe.

§. 3.

Nun kommt es zwar bey der fränkischen Dorfs- und Gemeindherrschaft hauptsächlich auf Verträge, Gewohnheiten und den Besitzstand an, und eben deswegen sind die Rechte der einzelnen Dorfsherren ungleich. So viel aber bleibt allemal richtig, daß diese Herrschaft keine Landeshoheit über das Dorf ausmacht, ob sie gleich mit derselben verbunden seyn kann, auch an einigen Orten wirklich damit verknüpfet ist [a]). Eben so müssen auch von derselben die Rechte abgesondert werden, die zur hohen Gerichtsbarkeit und zur Vogtheylichkeit gehören, und sie schränkt sich demnach eigentlich auf die Policey und die Gerichtsbarkeit in Gemeinde-

a) Hr. Prof. Siebenkees am a. O. S. 210. u. f.

meindesachen und über die Personen, die Aemter in der Gemeinde bekleiden, als solche ein [3]. Insbesondere hat die Dorfsherrschaft über die Unterthanen fremder Herrschaften, die in dem Orte wohnen, keine Gewalt noch Bestrafungsrecht, als in so ferne sie Glieder der Gemeinde sind [4]. Unter diesen Umständen scheint aus dem Begriffe der Dorfs- und Gemeindherrschaft keine Befugniß zu fließen, die natürliche Freyheit der Einwohner des Orts und besonders der daselbst befindlichen fremden Unterthanen, unter Androhung willführlicher, nach Belieben erhöhter Strafen dergestalt einzuschränken, daß sie auf ihren Gütern, die sie von auswärtigen Herren zu Lehen tragen, nicht mehr als eine bestimmte Zahl von Miethleuten sollen aufnehmen dürfen. Wie soll dieses Vermiethen, das auf den einzelnen Lehen vorgeht, als eine Gemeindesache betrachtet werden? Vielmehr bekommt es das Ansehen, daß durch eine solche Veordnung sogar ein Eingriff in die Rechte der Lehenherrschaften gemacht wird. Denn diese nehmen die sogenannten Beständner ebenfalls in ihren Schutz, und wie kann man dem Lehenherrn verwehren, wenn er mehreren auf seinem Lehen zu wohnen

3) (v. Wölfern) comment. in codicem statut. iuris Norici. I. Th. S. 302. Not. x). Besolds und Dietherrs thesaur. pract. Tom. I. art. Dorf.

4) Deinleins diss. de singulari custodiendorum ignium cura et inspectione Sect. 2. §. 5. Philoparchi kluger Beamter. I. Th. S. 681.

nen erlauben will? Hierzu kommt, daß das jährlich zu zahlende Ueberwohnsgeld auf eine den Lehenschaften aufbürdende Last hinauslauft, wodurch diese in Abwürdigung kommen, und also das herrschaftliche Interesse an Handlohn und Nachsteuer verkürzt wird.

§. 4.

Was nun die besondere Verfassung zu Mühlhausen anbetrifft, so wurde die Gültigkeit der alten Dorfsordnung darum bestritten, weil sie nicht mit Einwilligung sämtlicher Lehenherrschaften gemacht worden wäre. Aus einigen darinn vorkommenden Ausdrücken wollte ferner gefolgert werden, daß die Herren von Eglofstein solche eigentlich nur ihren Vogthey- und Lehenunterthanen vorgeschrieben hätten, mithin dieselbe sich nur auf die Gemeinde, in soweit sie aus Eglofsteinischen Unterthanen besteht, nicht aber auf andere Unterthanen, die auf fremden unmittelbaren Lehen wohnen, ziehen lasse. Das Protocoll vom 11. Jul. 1738, welches über die oben angeführte der gesamten Judenschaft zu Mühlhausen geschehene Bedeutung errichtet worden ist, suchte der Herr Graf in einen mit der Judenschaft errichteten Vergleich umzubilden, welcher eben um deswillen gegen ihn als Lehenherrn nicht angezogen werden könne, zumal die Juden, ohne herrschaftliche ausdrückliche Erlaubniß, ausser Stand gewesen wären, eine Verbindung einzugehen, wodurch der Herrschaft mittelbarer Weise ein Nachtheil zuwächset. Die

Juden

Juden benutzten nun auch die Hypothese von dem Vergleich, beschuldigten die damals zugegen gewesenen Juden, daß sie mit keiner Vollmacht von den übrigen versehen gewesen wären, und hielten sich um so mehr berechtiget, von diesem Vertrag wieder abzugehen, als die Freyherren von Egloffstein selbst einseitig davon abgewichen wären, und das auf 2 Gulden bedungene Ueberwohnsgeld eigenmächtig auf 4 Gulden erhöht hätten. Dieses habe ohne Einwilligung sämtlicher Gemeindsgenossen nicht geschehen können, da nicht einmal ein Landesherr ein neues Gesetz ohne Einwilligung seiner Landstände, die doch seine Unterthanen sind, machen oder ein altes aufheben könne. Endlich sollte die Unbilligkeit des sogenannten Ueberwohngeldes noch daraus erhellen, weil die Miethleute alle Lasten, gleich einem Gemeindsmann, ohne einigen Nutzen dafür zu haben, selbst die ausserordentlichen, tragen müßten, und an andern Orten davon gar nichts bekannt sey.

§. 5.

Dieses sind die Gründe, welche für die Kläger angeführt werden konnten. Es ist aber eine schon aus dem Begriff einer Dorfs- und Gemeindherrschaft fliessende, und besonders in Franken genugsam bekannte Wahrheit, daß diese Herrschaft die ausschließende Befugniß hat, eine Gemeinds- oder Dorfordnung zu machen, und solche, nach Beschaffenheit der Umstände, zu ändern, zu vermehren und wieder aufzuheben.

ben [5]). Ihr Recht, Verordnungen zu machen, erstreckt sich auf alle Gegenstände, die auf das Wohl und die Glückseligkeit der Gemeinde irgend einen Einfluß haben [6]). Sie kann also auch, so bald es das gemeine Wohl des Ortes erfordert, ohne Anstand die natürliche Freyheit der Gemeindeglieder einschränken. Eben so folget aus der Natur der Sache, daß alle zu der Gemeinde gehörigen Glieder, die in solcher leben und die Gemeindenutzungen genießen, sich den Verordnungen der Gemeindherrschaft in allen Sachen, die das Beste der Gemeinde betreffen, unterwerfen müssen, sie mögen sonst übrigens gehören, unter welche Herrschaft sie wollen. Ja es giebt Fälle, wo die Dorfs- und Gemeindherrschaft in denen in dem Ort befindlichen fremden Lehen selbst, über welche sie sonst nichts zu sagen hat, Rechte ausüben kann, z. B. wenn Hausvisitationen nach gestohlnen Sachen und verdächtigen Personen angestellt werden [7]). In der alten Dorfsordnung von Mühlhausen ist noch überdies ausdrücklich versehen, daß alle diejenigen, so in dieser Dorfsgemeine wohnen, unter was Obrigkeit und

Lehen,

5) Siebenkees am a. O. S. 212.

6) Teuffels diss. de iurisdictione communitatis sive in res universitatis, die Dorf- oder Gemeindherrschaft und Gemeindrecht. Alt. 1719. Cap. 2. §. 1. Pufendorf de iurisdictione germanica. P. 3. Sect. 1. Cap. 1. §. 1. 9. Wehners observ. select. art. Vogtey.

7) Teuffel c. diss. Cap. I. §. 5. Cap. 2. §. 21.

Lehenherrschaft sie sonsten seyn mögen, sich dieser Ordnung gemäß halten, oder Verlustes aller Gemeindrechte, Nutz und Genießes gewärtig seyn sollten. Hiernächst haben die Freyherren von Eglofstein den Nachtheil überzeugend dargethan, welcher für die Gemeinde zu Mühlhausen aus der eingerissenen Gewohnheit entspringt, eine allzugrosse Anzahl von Miethleuten in einem Hause, das nur ein Gemeinderecht hat, aufzunehmen, welches hier anzuführen überflüßig seyn würde. Es ist überhaupt den Grundsätzen einer guten Dorfpolicey gemäß, daß keine Hausgenossen oder Miethleute, ohne obrigkeitlichen Vorbewußt aufgenommen werden, und also auch nicht ohne Vorbewußt der Dorfsherrschaft an den Orten, wo diese eingeführt ist. Da solche Hausgenossen oft nicht im Stande sind, sich gehörig zu ernähren, mithin der Gemeinde zur Last fallen, so ist dieses schon ein rechtmäßiger Grund, darauf zu sehen, daß sich ihre Anzahl nicht zu sehr vermehre. So wird in Chursachsen auf den Dörfern nicht mehr als ein Hausgenosse in einem Hause geduldet [8]). Vorzüglich aber kam in dem gegenwärtigen Falle in Betrachtung, daß die auf den fremden Lehen zu Mühlhausen wohnenden Juden, durch die Aufnahme so vieler von ihrer Nation, den Ort mit jüdischen Familien zur sehr angefüllt haben. Da nun diese Leute größtentheils ohne Vermögen sind und blos vom Wucher

8) Gabkens Grundsätze des Dorf- und Bauernrechts. S. 61. 62.

cher leben, so leuchtet der Schade, der durch ihre zu starke Anhäufung, besonders für die Landleute, entsteht, von selbst ein, zugleich aber auch die wohlgegründete Befugniß der Dorfsherrschaft, diesen Uebelstand abzuhelfen.

§. 6.

Die Dorfsherrschaft ist ohne Zweifel eben so, wie jede andere Obrigkeit, befugt, die Uebertreter ihrer Verordnungen zu bestrafen, und die Anfangs bestimmte Strafe nach Befinden der Umstände zu erhöhen, oder in eine andere der angedrohten gleiche zu verwandeln. Es ist nicht einzusehen, warum eine Dorfsherrschaft blos nur mit dem Verlust des Gemeinderechtes, oder der Ausschließung aus der Gemeinde, nicht aber auch mit Geldbußen sollte bestrafen können. Dieser in jenem Processe behaupteten Meinung widerspricht das Herkommen in Franken eben so sehr, als sie der Natur der Sache zuwider ist. Der Verlust der Gemeinderechte und die Ausschließung aus der Gemeinde ist eine härtere Strafe, als eine Geldbuße von einigen Gulden. Man bedient sich daher jener nur in dem Falle, wenn diese nichts fruchten will 9). Wer übrigens die höhere Strafe festsetzen kann, dem muß auch die geringere zu bestimmen frey stehen. Eben so ungegründet war der aufgestellte Satz, daß die Gemeindsherr-

9) Teuffel cit. diss. Cap. 2. §. 20.

herrschaft, wenn sie die Vergehungen eines Gemeindegliedes untersuchen und bestrafen will, vorerst deren ordentliche Herrschaften requiriren müsse. Diese und andere dergleichen Einschränkungen der Gerechtigkeiten einer Dorfsherrschaft können nur alsdann angenommen werden, wenn sie ihren Grund in Verträgen oder einem unstreitigen Herkommen haben. Ausserdem gilt auch hier die allgemeine Regel, daß einer Obrigkeit gegen die Personen, die ihrer Gerichtsbarkeit unterworfen sind, alle Mittel selbst und unmittelbar zustehen, ohne welche diese nicht ausgeübt und erhalten werden kann [10]. Die Gemeindeherrschaft bestraft die Unterthanen fremder Herrschaften nicht als solche, sondern als Gemeindsgenossen, die nach denen in der Gemeinde bestehenden Ordnungen leben müssen. Hierdurch geschieht den Lehenherrschaften nicht der mindeste Nachtheil, da sie alle übrige lehenherrliche und vogtheyliche Rechte über ihre Unterthanen und Lehenleute behalten [11]. Die alte Dorfsordnung von Mühlhausen begründet die Befugniß der Dorfsherrschaft, die dortige Gemeindsgenossen, ohne Requisition ihrer ordentlichen Obrigkeit allein zu bestrafen, mit den deutlichen Worten: unersucht seiner Herrschaft. Zum Ueberfluß hatten die Freyherren von Eglofstein dem Herrn Grafen die feyerlichste Versicherung ausgestellt, daß

10) Ertel de iurisdictione inferiore civili. Cap. II. §. 1.

11) Teuffel cit. diss. Cap. I. §. 7.

daß sie nicht die mindeste Absicht hätten, durch die Ausübung ihrer Dorfsherrschaft, seinen lehenherrlichen und übrigen Rechten im geringsten zu nahe zu treten, noch auf seinen Lehen etwas zu befehlen. Auch konnte in der Sache nichts ändern, daß nicht sowohl die Gräfl. Schönbornische Juden selbst, sondern der Herr Graf die Beständner auf und in Schutz nehme. Denn in einem Ort, wo einmal eine Dorfsherrschaft eingeführt ist, darf auch die Lehenherrschaft keine Handlung vornehmen, wodurch die Verordnungen der Dorfsherrschaft vereitelt werden. Sonst würde diese eine sehr traurige Rolle spielen. Jene kann auch ihren Beständnern keine mehrere Freyheit verwilligen, als die Besitzer ihrer Lehen in der Eigenschaft von Gemeindegliedern ursprünglich hergebracht haben. Nun ist aber schon in der alten Dorfsordnung bey zween Gulden Strafe verboten, daß in einem Hause, worauf nur ein Gemeinderecht haftet, mehr als ein Beständner aufgenommen werden soll. Die aus der Bezahlung des Ueberwohngeldes vorgebildete Abwürdigung der Lehen und die daraus hergeleitete Verkürzung des lehenherrlichen Interesse war übertrieben, weil eine Geldstrafe, welche die ungehorsamen Besitzer der Lehen aus ihrem Beutel in jedem Jahre, wo sie verbotswidrig handeln, bezahlen müssen, keineswegs eine dem Lehen selbst aufgelegte und dessen Werth verminderende Last genannt werden kann. Uebrigens ist diese Geldbuße eine nothwendige Folge des Ungehorsams, welche

die Besitzer der Lehen sofort vermeiden können, wenn sie es nur bey der Gemeindeordnung lassen. Ausserdem haben sie ihren Schaden ihrer eigenen Lehenherrschaft, die ihnen hierzu die Veranlassung giebt, zuzuschreiben.

§. 7.

Die gegen die Gültigkeit der alten Dorfsordnung gemachten Einwürfe sind von gar keiner Bedeutung. Aus der bereits angeführten Stelle derselben widerlegt sich das Vorgeben, daß sie nur die von Eglofsteinischen Unterthanen betreffe, von selbst. Da hiernächst das Recht, eine Dorfsordnung zu machen, der Dorfsherrschaft ganz allein zusteht, so hat sie hierzu die Einwilligung der Lehenherrschaften nicht nöthig. Ueberhaupt waren alle Einwendungen gegen diese alte Dorfsordnung um so mehr vergeblich, als dieselbe schon seit Jahrhunderten vorhanden, zu verschiedenenmalen erneuert und deren Gültigkeit und Verbindlichkeit nie bestritten, vielmehr immer anerkannt worden ist. Das Protocoll vom Jahr 1738 beweist nichts weniger, als einen mit den Juden getroffenen Vergleich. Es heißt darin ausdrücklich: als hat man sub aclo der ganzen Judenschaft, in specie aber denenjenigen, so wider das Herkommen zu viel in einem Hause aufgenommen, bedeuten lassen. War also kein Vergleich vorhanden, so fiel von selbst alles hinweg, was daraus hat hergeleitet werden wollen. Da ferner jene Bedeutung nur ad in-

 terim

terim und bis auf weitere herrschaftliche Verordnung geschehen ist, so blieb der Dorfsherrschaft unbenommen, die Strafe zu erhöhen, da mit der zuerst bestimmten die Absicht nicht hat erreicht werden können. Zu dieser Erhöhung war die Einwilligung der Gemeinde so wenig nöthig, als zu irgend einer andern Verfügung der Dorfsherrschaft. Das Argument, daß ein teutscher Reichsstand ohne Einwilligung seiner Landstände keine neue Gesetze machen, noch alte aufheben könne, gehört offenbar nicht hieher, zu geschweigen, daß dieser Satz nicht allgemein richtig ist und nach den verschiedenen Verfassungen der einzelnen teutschen Lande viele Ausnahmen und Einschränkungen leidet [12]. Es ist auch unrichtig, daß den Beständnern selbst durch das Ueberwohnegeld eine Last aufgebürdet wird, indem nicht sie, sondern die Besitzer der Häuser, auf welchen ein Gemeinderecht ruhet und welche auch die Gemeindenutzungen zu genießen haben, das Ueberwohngeld zahlen müssen. Uebrigens läßt sich daraus, daß solches an andern Orten nicht gewöhnlich seyn soll, kein Schluß auf Mühlhausen machen, da bey der Dorfsherrschaft überhaupt von einem Ort auf den andern keine Folge gilt [13].

§. 8.

12) Moser von der Landeshoheit in Regierungssachen überhaupt. K. 4. §. 7. u. f. Strubens Unterricht von Regierungs- und Justizsachen. Sect. 2. §. 8. not b).

13) Links diss. de iurisdictione Vogteiae, Cap. 3. §. 11. in Leuchts tract. academ. de iurisdictione pag. 446.

§. 8.

Aus diesen Gründen wurde von hiesiger Juristen-fakultät im Jahr 1775 erkannt:

daß die Klage nicht statt habe, sondern es sind mitklagende Juden, wenn sie wider die Gemeinde-ordnung zu Mühlhausen zu viel Beständner in einem Hause aufnehmen, die von Herren Beklagten, als der dortigen Dorfs- und Gemeinde-herrschaft bestimmte und auf vier Gulden rhein. erhöhte Strafe, oder das sogenannte Ueberwohn-geld, Einwendens ungeachtet, zu bezahlen schul-dig, wie denn auch Herr Kläger und Consorten denen Herren Beklagten die verursachten Kosten, nach vorgehender deren Liquidation und erfolgter richterlicher Ermäßigung zu erstatten pflichtig.

Der Herr Graf appellirte zwar gegen dieses Urtheil an den Kaiserl. Reichshofrath. Aber die Appellations-processe wurden, auf erstatteten Bericht und Gegen-bericht, am 12. März 1779 abgeschlagen.

XXIX.

Ob ein Rabbiner das Recht habe, Vormünder zu bestellen, Inventuren und Theilungen vorzunehmen und über Erbschaftsstreitigkeiten zu erkennen? erläutert durch einen Fall von Hildesheim.

§. 1.

Der Regel nach müssen die in Teutschland befindliche Juden, in ihren bürgerlichen Angelegenheiten, sowohl überhaupt nach den gemeinen einheimischen und fremden Rechten leben, als insbesondere nach den Rechten des Landes und des Ortes, wo sie aufgenommen sind, sie mögen nun mit einem Christen oder unter sich zu thun haben [1]). Ihre Verbindlichkeit, sich nach dem römischen Recht zu richten, ist schon durch das bekannte Gesetz des K. Arcadius und Honorius entschieden [2]); und zum Ueberfluß hat man ihnen in einigen Landesgesetzen zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß sie sich nach den Landesrechten richten müssen.

1) Zieglers diss. de iuribus Iudaeorum Cap. I. §. 7. Böhmers ius ecclesiastic. Protest. Tom. 4. Lib. 5. Tit. 6. §. 57. sqq. Hrn. Oberappell. Rath Gatzerts tract. de iuribus Iudaeorum eorumque obligationibus, praecipue parochialibus §. 7. Glücks Erläuterung der Pandecten I. Th. S. 154.

2) L. 8. C. de iudaeis et coelicolis.

müssen [3]). Indessen leidet diese Regel ihre Ausnahme in solchen Staaten, wo die Regenten ihren Juden verwilliget haben, daß die Geschäfte und Streitigkeiten, welche sie unter sich haben, vorzüglich aus ihren eigenen jüdischen Rechten und Gewohnheiten entschieden werden sollen [4]). Alsdenn gelten die Landes- und gemeinen Rechte nur als subsidiarische Entscheidungsquellen, daferne nicht von solchen Gesetzen die Rede ist, welche, um des gemeinen Besten willen, allen Unterthanen, ohne Ausnahme, etwas gebieten oder verbieten. Hiernächst versteht sich allemal von selbst, daß alle die jüdische Religion und die gottesdienstliche Einrichtung betreffenden Sachen aus jüdischen Kirchengesetzen entschieden werden müssen. Denn dieses ist eine nothwendige Folge der Duldung und der damit verknüpften Gewissensfreyheit [5]). Das nämliche findet aber auch billig bey solchen Gegenständen des bürgerlichen Rechts statt, die mit der Religion der Juden in Verbindung stehen. Dahin gehören unter andern die

3) Z. B. in Markgrafens Christian Ernsts von Bayreuth Policeyordnung Tit. 35. und in der revidirten Policeyordnung Markgr. Friedrichs vom 1. Sept. 1746. Tit. 37. §. 2. in Corp. Constitut. Brand Culmb. 2. Th. 1. B. S. 674. u. 774.

4) Hrn. Geh. Justizr. Böhmers diss. de officio et potestate Rabbini provincialis in terris Brunsvico-Luneburgicis §. 4.

5) Hoffers Abh. von der Kraft der teutschen Policeygesetze in Absicht auf die Toleranz und Nahrungsarten der Juden §. 3. in dessen Beyträgen zum Policeyrecht der Teutschen, 2. St. S. 430.

Erbschaftssachen, wo ihre Einrichtungen oft von den Vorschriften der gemeinen Rechte abweichen. Sie succediren z. B. nach den Stämmen, nicht nach den Häuptern. Bey ihrer Intestaterbfolge schließt in dem nämlichen Grade das männliche Geschlecht das weibliche aus. Die Söhne beerben ihren Vater mit Ausschluß der Töchter. Das erstgebohrne Kind männlichen Geschlechts hat vor den andern wieder Vorzüge [6]. Die Juden sehen ihre mosaischen Erbschaftsgesetze als unveränderliche göttliche Gesetze an, zu deren heiligen Beobachtung sie sich im Gewissen verbunden glauben [7]. Es kann demnach die insgemein angenommene Regel, daß die Erbschaftsfälle der Juden lediglich nach den Landes- und gemeinen Rechten zu entscheiden seyn, nur unter der Einschränkung zugegeben werden, daferne diese Rechte mit den mosaischen Erbschaftsgesetzen nicht im Widerspruche stehen. Denn ausserdem ist es eben darum, weil die Religion der Juden mit solchen Sachen in Verbindung steht, der Gewissensfreyheit gemäß, daß sie forderſamst nach den mosaischen Rechten beurtheilet werden. Diese müssen hier den Particular-

6) Michaelis Mosaisches Recht 2. Th. §. 78. 79. Moses Mendelssohns Ritualgesetze der Juden. 1. Hauptst. 1. Abschn. §. 1. 3. 2ter Abschn. §. 1. 2. 4ter Abschn. §. 1. Thiels principia iurisprudentiae iudaicae per Germaniam communis §. 189. sqq. Schröters vermischte juristische Abhandlungen 1. B. S. 130. u. f.

7) Mendelssohn in der Einleit. S. 1. Thiel l. c. §. 184.

cularrechten und Statuten gleichgeschätzt werden, und eben so, wie diese, den Vorzug vor den gemeinen Rechten haben. Diese Wahrheit erkennen auch verschiedene Rechtslehrer 8).

§. 2.

Daraus aber, daß die Juden in ihren bürgerlichen Sachen wenigstens da, wo ihre Religion einschlägt, nach ihren eigenen Rechten zu richten sind, folgt noch keineswegs, daß sie nothwendig eigene Richter aus ihrer Nation haben müssen. Denn auch der christliche Richter kann sie nach ihren eigenen Rechten beurtheilen 9), und sich bey jüdischen Rechtsverständigen Raths erholen. Daher sind die Juden in bürgerlichen Gegenständen der Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters des Ortes unterworfen, wo sie sich aufhalten 10), daferne ihnen nicht die Landesherrschaft in den Streitigkeiten, die sie unter sich haben, in der ersten Instanz, ihre eigenen Richter verstattet hat,

 welches

8) Pfeffingers Vitriar. illustr. Tom. 3. Lib. 3. Tit. 17. §. 87. nor. f. h. Hildebrands iurisdictio universa secundum mores hodiernos compendiose considerata. Cap. 18. §. 4. Becks tract. de juribus Judaeorum Cap. 4. §. 4. Cap. 16. §. 5. Thiel l. c. §. 30. 31. 34. Hr. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 644.

9) Thiel l. c. §. 28. Runde am a. O.

10) Ziegler l. c. Cap. 6. §. 5. 8. Thiel l. c. §. 42. Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. 123. Bed.

welches in mehrern Landen unter mancherley Einschränkungen [11]) aus sehr vernünftigen Gründen geschehen ist. Der Landesherr verliert hiebei nichts. Die Gerichtsbarkeit wird immer in seinem Namen und unter seiner Oberaufsicht ausgeübt. Die Berufungen gehen an seine Gerichte, er kann jeden allenfalls vorkommenden Mißbrauch abstellen, und die aus Gnaden verstattete Gerichtsbarkeit jederzeit zurücknehmen. Dahingegen gereicht es den Juden zur grossen Beruhigung, wenn ihre eigene Gesetzverständige ihre erste Instanz ausmachen. Die Juden haben übertriebene Begriffe von ihren Rabbinern und eine unbegränzte Hochachtung gegen ihre eigene Gerichte, da sie hingegen die christlichen desto geringer schätzen und möglichst zu verhüten suchen, ihre Streitigkeiten bey diesen anhängig zu machen. Haben sie nun keine eigene Richter, so lassen sie, mit Vorbeygehung des christlichen, ihre Streitigkeiten bey einem auswärtigen Rabbiner entscheiden, oder wenn sie auch den christlichen Richter nicht umgehen können, so unterwerfen sie sich doch nur zum Schein seinem Ausspruch und suchen in der Stille das Erkenntniß eines fremden Rabbiners [12]). In solchen Orten,

11) Beck l. c. Cap. 16. §. 5. Gatzert §. 19. 21. G. L. Böhmers diss. alleg. §. 11. Thiel §. 100.

12) Bodenschatzens kirchliche Verfassung der heutigen Juden 2. Th. Kap. 8. §. 1. Antons Einleitung in die Rabbinischen Rechte. Kap. 1. 2. §. 12. Böhmers diss. §. 10.

Orten, wo die Juden Synagogen haben, sind zur Entscheidung der bürgerlichen Streitigkeiten die Barnossen angeordnet, deren Gerichtsbarkeit mit der des Rabbiners dergestalt concurriret, daß jene, ohne seine Mitwirkung, weder mit dem Bann belegen, noch den Streit entscheiden können [13]. Hiernächst aber sind die Rabbiner, besonders die Landrabbiner, die gewöhnlichen jüdischen Richter, welche auch die Ausfertigung wichtiger rechtlicher Urkunden besorgen [14]. Der Rabbiner hat aber keine Gerichtsbarkeit im eigentlichen rechtlichen Verstand, indem von seinem Ausspruch die Berufung an den ordentlichen Richter gilt [15]. Jedoch findet sich hier wieder ein Unterschied. Zuweilen hat der jüdische Kläger die Wahl, ob er die Klage wider seinen Glaubensgenossen bey dem ordentlichen Richter, oder dem Rabbiner anbringen will [16]. Der Rabbiner kann aber auch ein nothwendiger Schiedsrichter seyn, dem sich die Juden in ihren Streitigkeiten unterwerfen müssen [17].

§. 3.

13) Thiel §. 376.

14) Böhmer §. 7. 8. Thiel §. 313. Schröter a. a. O. S. 151. u. f.

15) Böhmer §. 19. 24. Thiel §. 176.

16) Böhmer §. 20.

17) Strubens rechtl. Bed. 3. Th. Bed. 80.

§. 3.

Auf die Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit haben die Rabbiner, wenn ihnen gleich die Befugniß, in Streitsachen zu erkennen, gestattet ist, keinen Anspruch zu machen, sondern sie gebühren der christlichen Obrigkeit, unter welcher die Juden stehen [18]), es wäre denn, daß sie auch zu solchen Dingen eine landesherrliche Concession aufzuweisen hätten. Wenn insbesondere der Fall eintritt, daß unmündigen Juden Vormünder bestellt werden sollen, so geschieht dieses der Regel nach von der ordentlichen Obrigkeit des Orts, und die Juden erkennen auch das Recht derselben, Vormünder zu ernennen [19]). Bey Vormundschaften kann die Sache auch darum keinen Anstand haben, weil in dem mosaischen Recht hievon nichts vorkommt [20]), und die Religion der Juden hierauf keinen Einfluß hat. Gleiche Beschaffenheit hat es mit den Inventuren, als welche ebenfalls in der Regel der ordentlichen Ortsobrigkeit um so mehr zukommen, als hiebey nicht selten das landesherrliche Interesse zu beobachten ist. Nun ist zwar, wenn Minderjährige verhanden sind, in den jüdischen Rechten versehen, daß die Richter mit Zuziehung der Vormün-

der

18) Böhmer cit. diss. §. 21.

19) Thiel l. c. §. 169. Mendelssohn a. a. O. 2. Hauptst. 2. Abschn. §. 4.

20) Michaelis a. a. O. §. 137.

der ein genaues Verzeichniß der Verlassenschaft machen sollen [21]). Allein hier ist immer vorauszusetzen, daß die Inventurgeschäfte den jüdischen Richtern von der Landesherrschaft überlassen worden sind. Ausserdem kann eben dieses von dem christlichen Richter geschehen. So viel hingegen die Erbtheilungen betrift, so hat die jüdische Religion auf diesen Gegenstand allerdings Einfluß. Wenn daher über eine Theilung Streitigkeiten entstehen, so sind solche nach jüdischen Rechten zu entscheiden. Haben die Juden ihre eigene Richter, so gehört die Entscheidung für diese, und namentlich für die Rabbiner. Im entgegengesetzten Fall entscheidet zwar der christliche Richter. Aber die Juden können billig verlangen, daß die Entscheidung nach ihren eigenen Rechtsgrundsätzen geschehe, und daß hiebey der Rath ihrer Rechtsverständigen, wohin die Rabbiner vorzüglich gehören, eingeholt werde. Daferne aber nicht von einer Streitigkeit, sondern lediglich von der Besorgung des Theilungsgeschäftes die Frage ist, so unterscheiden die jüdischen Rechte [22]), ob alle Erben volljährig sind oder nicht? Im ersten Fall kann die Theilung ohne die Gerichte geschehen, folglich kann der Rabbiner seine Gegenwart nicht aufdringen. In dem andern aber können die Vormünder, wenn sie auch von dem Erblasser bestellt worden, die Theilung nicht ohne

21) Mendelssohn 2. Hauptst. 1. Abschn. §. 6.

22) Ebend. 1. Hauptst. 5. Abschn. §. 7.

ohne Zuziehung der Gerichte vornehmen, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich anders verordnet hat. Ist also eine solche Verordnung vorhanden, so bleibt der Rabbiner abermals von der Theilung weg. In Ermanglung derselben aber, wird es wieder darauf ankommen, ob er Erbschaftsstreitigkeiten entscheiden darf, oder nicht? Darf er sie nicht entscheiden, so ist seine Gegenwart nicht, sondern nur so viel nothwendig, daß die Theilung den jüdischen Erbschaftsrechten gemäß vorgenommen werde. Hat er aber das Entscheidungsrecht, so ist er, meines Erachtens, auch zu verlangen befugt, daß er bey dem Theilungsgeschäfte zugezogen werde. Sein Verlangen gründet sich auf die jüdischen Rechte, die seine Glaubensgenossen befolgen müssen. Bey Gelegenheit der Erbvertheilung entstehen die Streitigkeiten, die er am Ende doch immer zu entscheiden bekommt, und die er, wenn er zum Theilungsgeschäfte gezogen wird, sogleich am kürzesten entscheiden kann. Er kann auch dadurch, daß er das Theilungsgeschäft, den jüdischen Rechtsgrundsätzen gemäß einleitet, manchen künftigen Rechtsstreit vorbeugen. Uebrigens wird es, wegen der Bestellung der jüdischen Vormünder und der Inventur, in den einzelnen teutschen Landen, auf unterschiedene Art gehalten, wovon ich nur einige Beyspiele anführen will. Der Herr Geheime Justizrath Böhmer [23]) hat von den Churbraunschweig-Lüneburgischen Landen ein Rescript vom 26. Febr. 1749 beygebracht,

23) c. §. 22.

gebracht, nach welchem die Obrigkeiten die Bestellung der Vormünder, nach des Landrabiners Vorschlag, jedesmal verrichten und den Landrabiner, bey Inventirung jüdischer Erbschaften, wenn er es verlanget, mit admittiren sollen. In den Landgräfl. Hessen-Darmstädtischen Landen sind die Inventuren und Erbschaftstheilungen zwar den Rabbinern und Judenvorstehern überlassen, jedoch müssen sie dem Beamten jedes Orts allemal einen Erbschaftsauszug, mit Benennung der Erben und was einem jeden derselben in der Erbschaft zugefallen, behändigen, und solchen auf Erfordern beschwören. In den Landgräfl. Hessen-Casselischen Staaten aber gehören die Versieglungen, Inventuren, Vormundschaftsbestellungen und Rechnungsuntersuchungen der christlichen Obrigkeit [24]. In dem Fürstenthum Brandenburg-Culmbach sind die im Schutz stehenden Juden von den Inventur- und Theilungsgebühren der Beamten befreyet, jedoch sollen diese der Inventur, zu Beobachtung des Nachsteuersinteresse, beywohnen und die Capacität der Masse mit annotiren [25]. Aus den Hildesheimischen Acten will ich nur noch zweyer Attestaten gedenken. Bey der Prager

Juden-

24) Gatzert l. c. §. 22.

25) in Corp. Constit. Brand. Culmb. 2. Th. 1. B. S. 1340. Nach der Marggräfl. Onolzbachischen Judenordnung vom Jahr 1759. Tit. 4. §. 3. darf der Landrabbiner Inventuren und Theilungen verrichten, Erbschaftsstreitigkeiten mit Beyhülfe einiger Barnossen entscheiden, Vormünder bestellen und die Vormundsrechnungen abhören.

Judenschaft gehören die Vormundschaften und Inventuren für die Vorsteher, wofür sie die landesherrlich festgesetzten Gebühren bekommen. In Fürth bestellt das jüdische Gericht die Vormünder und erhält für jede Vormundschaft 2 Gulden. Bey gerichtlichen Erbschaftsvertheilungen bekommt das Gericht bis zu 10000 Gulden von jedem Hundert 6 Ggr., über diese Summe aber von jedem Hundert 3 Ggr., wovon der Rabbiner die eine Hälfte und die Beysitzer die andere erhalten.

§. 4.

In der Stadt Hildesheim stehen die Juden unter der Gerichtsbarkeit des Stadtrathes. Sie haben aber in ihrem Schutzbriefe die Versicherung erhalten, daß sie bey ihren jüdischen Gesetzen und Ceremonien gelassen werden sollen. In dem ersten Bestallungsbriefe, welchen der dortige Stadt- und Landrabbiner, Abraham Moses Levi, bekommen hatte, waren die Gebühren bestimmt, die er von jeder Rechtssache, welche er entscheiden würde, haben soll, und zugleich war noch insbesondere verordnet, daß, wenn bey einer Verlassenschaft die Erben sich nicht vergleichen können, dieselben schuldig seyn sollen, durch den Rabbiner des Orts, aber durch keinen andern, ihre Streitigkeit schlichten zu lassen, und, wenn sie dem zuwider einen andern darzu nehmen würden, sollen sie ferner schuldig seyn, dem Rabbiner, so viel ihm gebührt, zu bezahlen, als

wenn er den Streit geschlichtet hätte, und noch überdies straffällig seyn. Aber bey der im Jahr 1770 erfolgten erneuerten Aufnahme des Rabbiners wurde festgesetzt, daß er nur befugt seyn soll, wenn unter Juden über Geldsachen Streitigkeiten entstünden, solche zu vergleichen, aber kein Urtheil zu fällen. Hieraus ergiebt sich also so viel. Der Rabbiner zu Hildesheim hat keine Gerichtsbarkeit. Er ist aber doch in Erbschaftssachen nothwendiger Schiedsrichter der Juden, und diese sollen in Sachen, wo ihre Religion Einfluß hat, nach ihren eigenen Gesetzen gerichtet werden. Nun ereignete sich mit eben dem erstgenannten Rabbiner folgender Fall. Im Jahr 1781 starb der Jude Moses Herz. Da derselbe zum Theil unmündige Kinder hinterlassen hatte, so machte der Rabbiner auf die Inventur und Theilung, und die Gebühren davon, dann aber auch auf die Bestellung eines Vormundes, ungeachtet schon einer im Testament ernannt war, Anspruch, welchem sich die Erben widersetzten. Am 20. Jun. d. J. wurde zwischen dem Rabbiner und des Moses Herz hinterlassenen Wittib, majorennen und Schwiegersöhnen, dann der minderjährigen Vormund Herz Wolf ein Vergleich dahin errichtet, daß das Inventarium durch drey beeidigte Commissarien errichtet werden soll. Der Rabbiner wolle diesmal, mit Vorbehalt seiner Rechte, nicht dabey seyn, jedoch sollte darüber, ob er nicht nach den jüdischen Rechten, in Betracht der vorhandenen unmündigen Kinder dabey gegen-

gegenwärtig seyn, um ihm seine Gebühren, und wie hoch, entrichtet werden müßten, ein Gutachten von dem Herrn Ritter Michaelis zu Göttingen eingeholet werden. Das Inventarium sollte dem Rabbiner, um die Theilung zu besorgen, vorgelegt und die Gebühren dafür von dem Herrn Ritter bestimmt werden. Im Fall sie derselbe nicht bestimmen würde, so soll der Rabbiner für jeden Tag fünf Reichsthaler haben, und wenn er nicht damit zufrieden seyn wollte, die Sache von einer auswärtigen Synagoge entschieden werden. Von des Rabbiners Anspruch auf die Bestellung eines Vormundes, ist nicht nöthig weiter etwas anzuführen, da derselbe damit, wie leicht zu erachten war, überall durchfiel. Er konnte überhaupt nicht beweisen, daß ihm das Recht, Vormünder zu bestellen, verstattet sey, und, wenn er auch dieses Recht gehabt hätte, so war ein testamentarischer Vormund da. Selbst nach jüdischen Rechten geht der testamentarische Vormund, eben so, wie nach den gemeinen Rechten, dem gerichtlichen vor [26], und des Rabbiners Einwendungen gegen das Testament hatten durchaus keinen Grund.

§. 5.

Um den erwählten Schiedsrichter in den Stand zu setzen, die Streitigkeit richtig zu entscheiden, führten beyde Theile ihre Gründe an. Die Herzische Erben behaup-

26) Mendelssohn 2. Hauptst. 1. Abschn. §. 1. 2.

behaupteten, daß die Zuziehung des Rabbiners zur Inventur und Theilung nur alsdann nothwendig wäre, wenn Streit über die Theilung entstünde, nicht aber in dem Fall, wo die Erben eine Verlassenschaft friedlich unter sich zu theilen gesonnen wären. Wenn auch in einigen Fällen der Rabbiner bisher Inventuren gemacht hat, so könnten diesen wieder andere, wo es nicht geschehen, entgegengesetzt werden. Indessen wollten sie gleichwohl die Theilung durch ihn vornehmen lassen, aber dafür könne er nichts weiter, als die Vergütung seiner Versäumniß fordern. Das jüdische Gesetz verstatte einem Richter nur alsdann Geld zu nehmen, wenn das Urthelmachen seine Hauptnahrung sey, welcher Fall bey einem Rabbiner zu Hildesheim nicht eintrete, der eine starke Besoldung bekomme. Hiernächst sey der dortige Rabbiner gar nicht mehr in dem Fall, Urtheile zu sprechen und Gebühren dafür zu fordern, weil er nur Streitigkeiten über Geldsachen vergleichen, aber kein Urtheil fällen dürfte. Am wenigsten könne er sich erlauben, von dem, was ihm in seinem ersten Bestallungsbriefe für Bescheide ausgesetzt ist, Schlüsse auf die Vertheilung einer Erbschaft zu machen. Dahingegen gründete sich der Rabbiner auf die jüdischen Rechte, nach welchen ihm, wenn Unmündige vorhanden sind, das Recht zu inventiren und die Theilung vorzunehmen zustünde. Selbst ein vom Vater ernannter Vormund könne ohne Zuthun der Gerichte keine Theilung machen. Daneben bezog er sich

auf das Herrkommen anderer Orte und seinen Besitzstand. Die ihm entgegengesetzten Fälle könnten darum nichts beweisen, weil man die Inventur wegen Armuth unterlassen hätte. In Ansehung der Gebühren führte er seinen Bestallungsbrief für sich an, nach welchen ihm von jedem Reichsthaler der Streitsumme 1 Mariengroschen für den Bescheid gebühre. In dem gegenwärtigen Falle müßten die Gebühren von jedem Reichsthaler der Verlassenschaft darum gegeben werden, weil, wenn Unmündige concurriren und der Brautschatz für die Töchter zu bestimmen sey, immer die ganze Massa streitig wäre. Er wollte sich aber mit 1 Mgr. vom Thaler nicht einmal begnügen, sondern forderte deren zween. Das Gutachten des Herrn Michaelis gieng nun dahin, daß von Bestellung eines Vormundes keine Frage seyn könne, weil ein testamentarischer Vormund vorhanden sey. Die Zuziehung zur Inventur könne der Rabbiner nach dem Buchstaben der Gesetze und dem Bestallungsbriefe nicht verlangen, wohl aber nach der Rabbiner Auslegung vom Gesetze und nach dem jüdischen Gewohnheitsrecht, jedoch nur in dem Falle, wenn über die Theilung Streit wäre. Man könne zwar auch einen fremden Rabbiner gebrauchen, jedoch müßten dem Einheimischen die Gebühren entrichtet werden. Das Anerbieten, ihm für jeden Tag fünf Reichsthaler zu zahlen, sey billig. Im Fall es aber nicht angenommen würde, so könne der Rabbiner keine andere Gebühren fordern, als für

seine

seine Bescheide, und zwar 1 Mariengroschen für jeden Thaler.

§. 6.

Mit diesem Gutachten waren beyde Theile nicht zufrieden. Es kam vielmehr zum förmlichen Proceß, wo der Rabbiner Klägers Stelle vertrat. Die Juristenfakultät zu Wittenberg, wohin die Acten verschickt wurden, wieß, mit Vergleichung der Kosten, den Kläger mit seinem Suchen ganz ab. Ihre Entscheidungsgründe liefen darauf hinaus. Die Juden müssen in der Regel, nach den Rechten des Ortes, wo sie aufgenommen werden, leben. Der Rabbiner hat in bürgerlichen Angelegenheiten keine Gerichtsbarkeit. Es kommt alles auf die Schutzbriefe der Juden und die Bestallungen der Rabbinen in jedem einzelnen Ort an. Nun stehen die Juden in Hildesheim unter der Gerichtsbarkeit des Stadtraths. Weder nach dem ersten Bestallungsbrief, noch weniger nach der neuen Urkunde von 1770 hat der Rabbiner das Recht, Vormünder zu geben und zu inventiren. Zwar kann er bey Erbschaftsstreitigkeiten Schiedsrichter seyn, aber dermalen ist keine solche Streitigkeit vorhanden, folglich kann auch von Gebühren keine Frage entstehen. Der Rabbiner appellirte an die fürstliche Regierung und gieng bald darauf mit Tode ab. Die Beklagten hielten nun die ganze Frage, ob sie schuldig gewesen, den Rabbiner zur Inventur und Theilung zu ziehen, für unnütz.

Denn da der Verstorbene keine Bemühung gehabt, so könnten auch keine Gebühren verlangt werden. Sie fuhren vielmehr zu und ließen durch einen von Cleve verschriebenen Rabbiner die Theilung vornehmen.

§. 7.

Die Regierung ließ es zwar bey dem Wittenberger Urtheil in dem Punct von der Vormundsbestellung und der Inventur bewenden, änderte aber solches, wegen der Theilung, dahin ab, daß Beklagte schuldig gewesen, die Theilung durch den Rabbiner vornehmen zu lassen, folglich demselben, jetzt seinen Erben, von jedem Thaler der Erbschaft 4 Pfenning entrichten und zu diesem Ende das Inventarium, samt dem Theilungsreceß vorlegen sollten. Der Hauptentscheidungsgrund wurde in dem Vergleich gesetzt, welchen die Beklagte mit dem Rabbiner getroffen haben, und nach welchen sie die Theilung durch ihn vornehmen lassen mußten. Da dieser Vergleich einmal vorhanden war, so kam nichts darauf an, ob über die Theilung Streit entstanden ist, oder nicht? Der vorgewesene Rechtshandel über die Bestellung des Vormunds, die nothwendige Zuziehung des Rabbiners zur Inventur und über den Betrag der Gebühren, konnte nicht zum Vorwand dienen, den Rabbiner von der Theilung auszuschließen. Hiernächst war durch den Vergleich schon entschieden, daß er Gebühren bekommen soll. Nur wie viel? war noch streitig. Die Theilung konnte also durch den Rabbiner

biner geschehen und gleichwohl das Erkenntniß über die übrigen Puncte abgewartet werden. Gegen diesen Vergleich konnte auch das neuere Statut, daß ein Rabbiner in Geldsachen nicht sprechen soll, nicht angeführt werden, da solches auf eine Erbtheilung nicht zu ziehen ist. Wenn gleich der Rabbiner zu Hildesheim keine Gerichtsbarkeit hat, so sind doch die Juden, vermöge des Bestallungsbriefes, schuldig, ihre Erbschaftsstreitigkeiten durch niemand anders, als denselben schlichten zu lassen, wenigstens ihm die Gebühren zu bezahlen. Daß die Theilung ohne Zuziehung eines Rabbiners nicht habe geschehen können, ergibt sich daraus, weil die Beklagten solche von dem Clever Rabbiner haben machen lassen. Bey der Bestimmung der Gebühren kann man gar wohl die Norm, was der Rabbiner für Bescheide bekommt, zum Grunde legen, jedoch so, daß derselbe, weil nicht zwey Partheyen sind, sondern nur eine, nämlich die Erben zusammen genommen, statt eines Mgr. für jeden Thaler sich mit 4 Pfennigen begnügen müsse.

§. 8.

Nunmehr ergriffen die Beklagten die Leuterung. Sie suchten nun der Sache eine andere Wendung zu geben und die Existenz des Vergleichs zu bezweifeln, indem, wenn solcher vorhanden wäre, kein weiterer Proceß nöthig gewesen seyn würde. Wenigstens wollten sie jener Verabredung, die man Vergleich nennt,

keine verbindliche Kraft mehr einräumen, weil sie den Endzweck gehabt, einen kostbaren Proceß dadurch auszuweichen, nun aber dieser Endzweck nicht erreicht worden wäre. Es würde folglich ein Widerspruch seyn, über den nämlichen Gegenstand eine getroffene Uebereinkunft und die Fortdauer eines Processes zugleich anzunehmen. Hiernächst könne selbst nach dem Bestallungsbriefe der Rabbiner keine Gebühren verlangen, weil über die Vertheilung der Erbschaft unter den Erben keine Uneinigkeit vorhanden, und also kein Urtheilsspruch nöthig gewesen wäre. Sie erregten neue Zweifel, wer die den Erben des Rabbiners zuerkannte 4 Pfenninge von jedem Thaler bezahlen solle. Von den Schwiegersöhnen könnte nichts gefordert werden, weil diesen ihre Heyrathsgüter, ohne Abzug, als eine wahre Erbschaftsschuld ausgezahlt werden müßten. Eben so wenig von den majorennen Söhnen. Denn diese hätten sich nicht geweigert, die Heurathsgüter zu berichtigen, ohne daß hierzu erst ein rabbinischer Urthelsspruch nöthig gewesen wäre; und über die Vertheilung der übrigen Nachlassenschaft habe es unter ihnen keinen Streit gegeben, und es also auch keiner Schlichtung des Rabbiners bedurft. Der Theilungsreceß sey nur wegen der Minderjährigen nöthig gewesen; er könne mithin den Volljährigen, die keinen Nutzen davon gehabt, nicht zur Last gereichen. Von dem Vermögen der Minderjährigen aber dürften, nach jüdischen Gesetzen, keine Gebühren genommen werden.

§. 9.

§. 9.

Allein die hiesige Juristenfakultät hat im Februar 1789 das Erkenntniß der Regierung aus folgenden Gründen lediglich bestätiget. Die Existenz des Vergleichs, welchen die Beklagte mit dem Rabbiner, und zwar gerichtlich, getroffen haben, konnte schlechterdings nicht in Abrede gestellt werden. Unmöglich konnte dagegen angeführt werden, daß der Rabbiner gleichwohl die Gründe ausgeführt hat, warum er sich nach jüdischen Rechten und seinem Bestallungsbriefe berechtiget zu seyn geglaubt, wenn unmündige Kinder da sind, die Vormünder zu bestellen, Inventur und Theilung vorzunehmen und Gebühren dafür zu fordern. Beklagte haben ihre Gegengründe auch vorgelegt und beydes mußte, selbst dem Vergleich gemäß, geschehen, damit der Schiedsrichter, auf welchen man compromittirt hatte, über beyder Theile Gründe urtheilen konnte. Eben so wenig konnte die fortdauernde Verbindlichkeit des Vergleichs bezweifelt werden. Dieser konnte natürlicher Weise nicht von Beklagten allein aufgehoben werden, sondern hierzu war die Einwilligung beyder Theile nöthig, welche von Seiten des Rabbiners nie ertheilt worden ist. Nur von dem Gutachten des Herrn Michaelis sind beyde Theile abgegangen, aber nicht vom Vergleich. Es ist auch eben so sehr widersprechend nicht, daß über einerley Sache ein Vergleich und Proceß zugleich vorhanden seyn kann, wenn man nur die Gegenstände, worüber man sich verglichen hat,

von denen, die annoch zur Entscheidung ausgesetzt worden sind, gehörig unterscheidet. In dem gegenwärtigen Falle bestanden die verglichenen Puncte darinn, daß der Rabbiner für diesmal bey der Inventur nicht gegenwärtig seyn, jedoch ihm das Inventarium, um die Theilung zu besorgen, vorgelegt werden und er dafür Gebühren bekommen soll. Dahingegen war die Frage von der Bevormundung, dann ob er nicht, wegen der Unmündigen, bey der Inventur zugegen seyn müsse und wie viel ihm an Gebühren zu entrichten sey, zur Entscheidung ausgesetzt. Galt also der Vergleich noch, so hat die Regierung mit Recht die Beklagten nach demselben gerichtet. Die Beklagten haben auch ihren zuerst aufgestellten Satz, daß der Rabbiner bey Theilungen nur nöthig sey, wenn Streit darüber entstehe, in der Folge selbst dahin abgeändert, daß sie die Nothwendigkeit seiner Gegenwart, so bald Minderjährige da sind, einräumten. Sie haben ferner, wie schon gedacht, diese Nothwendigkeit dadurch anerkannt, daß sie den Rabbiner von Cleve haben kommen und durch diesen die Theilung machen lassen. Nun trat also gegen sie die oben angeführte Verordnung des Bestallungsbriefes vollkommen ein, welche sie in diesem Falle verbindet, die Gebühren dem ordentlichen Rabbiner zu bezahlen. Eben so hat die Regierung richtig bemerkt, daß das Statut vom J. 1770 nicht im Wege stehe, weil solches auf die Vertheilung und Auseinandersetzung einer jüdischen Erbschaft nicht gezogen

zogen werden kann. Sodann finden hier die oben aufgestellten Grundsätze ihre Anwendung. Die Theilung einer jüdischen Erbschaft muß den jüdischen Erbschaftsgesetzen gemäß geschehen, weil ihre Religion mit diesen Sachen in Verbindung steht. Nun haben die Hildesheimer Juden die Versicherung erhalten, daß sie bey ihren jüdischen Gesetzen gelassen werden sollen. Diese Gesetze verlangen, daß die Theilung, wenn Minderjährige vorhanden sind, und der Vater nicht anders verordnet hat, mit Zuziehung der Gerichte oder des Rabbiners geschehe. Der Rabbiner zu Hildesheim hat zwar keine Gerichtsbarkeit. Er ist aber doch, namentlich in Erbschaftssachen, der nothwendige Schiedsrichter der Juden und darf, vermöge seines Bestellungsbriefes, Erbschaftsstreitigkeiten schlichten. Darf er dieses thun, so ist er auch zu verlangen befugt, daß man ihn bey der Erbtheilung zuziehe. Endlich verstund sich von selbst, daß die Gebühren alle diejenigen bezahlen müssen, die bey der Vertheilung etwas bekommen und sich in dem Vergleich verbindlich gemacht haben, die Theilung durch den Rabbiner vornehmen zu lassen und ihm Gebühren davon zu entrichten.

XXX.

XXX.

In wieferne ist eine Veränderung des bisherigen Wohnungsortes der entgegengesetzten Erklärung ungeachtet aus Handlungen zu schließen?

§. 1.

Der Kaufmann Koch, von Braunschweig gebürtig, wo sein Vater ebenfalls Kaufmann war, hatte sich schon seit sechzehn und mehreren Jahren zu Bourdeaux mit einem Kaufmann Namens Müller associirt, und daselbst eine Compagniehandlung unter der Firma Koch et Müller geführt. Er hatte zu dem Ende auch den größten Theil seines Vermögens aus Braunschweig gezogen, und in diese Handlung zu Bourdeaux verwendet. Während dieser Zeit war er zwar verschiedenemale wieder nach Braunschweig gereiset, hatte sich jedoch seit seines zu Bourdeaux etablirten Handels auf keine Weise als einen Bürger oder Einwohner zu Braunschweig geriret, und daher weder das von seinem Vater auf ihn vererbte Bürgerrecht durch Bezahlung des sogenannten Dingeschoßes zu erhalten gesucht, noch auch diejenigen Abgaben entrichtet, zu denen Bürger und Einwohner seiner Geburtsstadt verbunden sind.

§. 2.

Dessen ungeachtet suchte dennoch Kaufmann Koch, als von Seiten des Braunschweigischen Stadtärariums

von

von den ihm während seiner Abwesenheit zugefallenen ansehnlichen Erbschaften Abzugsgelder verlangt wurden, zu behaupten, daß er zur Zeit noch nicht die Absicht gehabt, sein bisheriges Domicilium in Braunschweig zu verändern, sondern des festen Entschlußes sey, seinen in Frankreich angefangenen Handel, nachdem er die nöthigen Handlungskenntnisse sich erworben, und Handlungsverbindungen sich verschaft, in Braunschweig oder an einem andern Orte fortzusetzen. Er habe zu dem Ende auch noch nicht sein ganzes Vermögen von Braunschweig weggezogen, sondern noch einen beträchtlichen Theil daselbst stehen, habe ferner zu Bourdeaux kein Bürgerrecht gewonnen, und daselbst weder geheyrathet, noch sich sonst ansäßig gemacht, sich überdem auch nicht einmal beständig an diesem Orte aufgehalten, sondern wäre von einem Orte zu dem andern herumgereiset, und öfters nach Braunschweig, seinen Geburtsort, zurückgekehret, und sich geraume Zeit daselbst aufgehalten. Sein Gewerbe zu Bourdeaux sey nur ein interimistischer Speculationshandel, wodurch er etwas zu gewinnen suche, um sein künftiges in Braunschweig oder an einem andern Orte zu nehmendes Etablissement desto dauerhafter zu begründen. Daß er keinen Dingeschoß bezahlet, darauf komme nichts an, weil Jemand aufhören könne in einer Stadt Bürger zu seyn, ohne deßhalb seinen Wohnsitz daselbst aufzugeben. Abzugsgelder aber könnten nur alsdann gefordert werden, wenn Jemand

mand sein bisheriges Domicilium wirklich verlassen habe.

§. 3.

Es wurde hierauf von Burgermeister und Rath zu Braunschweig 1788 erkannt:

Daß Beklagter von den ihm zugefallenen Erbschaften den constitutionsmäßigen Abzug dem implorantischen Aerario zu bezahlen schuldig sey.

Allein die Juristen-Fakultät zu Rinteln reformirte dieses Erkenntniß auf eingewandte Supplication dahin:

Daß Implorant den Grund der Klage, wasmaßen Implorant durch seinen jetzigen Aufenthalt und Handelsverkehr in Bourdeaux sein angebohrnes Domicilium in Braunschweig wirklich verändert habe, besser, als bisher geschehen, binnen Ordnungsfrist, mit Vorbehalt des Gegenbeweises, zu erweisen schuldig.

Gegen dieses Urtheil appellirte implorantisches Stadtärarium an die Fürstl. Justizkanzley zu Wolfenbüttel, welche mit Aufhebung des auswärtigen Urtheils vom 23. Sept. 1788 das Erkenntniß der erstern Instanz wieder herstellete.

§. 4.

Kaufmann Koch wandte nun gegen dieses letztere Decret das remedium supplicationis ein, brachte eine gedruck-

gedruckte Notification zu den Acten, daß die bisherige Compagniehandlung unter der Firma Koch et Müller geendiget, und er nach Teutschland wieder zurückzukehren entschlossen sey, und glaubte, daß nunmehr der gegenseitige Klagegrund, insofern derselbige darin, daß Supplicant zu Bourdeaux sein Domicilium constituirt habe, gesetzt werden wollen, völlig aufgehoben seyn werde.

§. 5.

Die Sache schien also hierdurch auf einmal eine andere Wendung bekommen zu haben, und es waren auch ausserdem einige nicht unerhebliche Rechtsgründe vorhanden, aus denen sich Supplicant zu einem reformatorischen Erkenntniß Hoffnung machte. Denn 1) wird eine Veränderung des domicilii originarii im Zweifel nicht leicht vermuthet, so lange nicht auf eine rechtsbeständige Art erwiesen worden, daß jemand sein Vaterland wirklich verlassen, und an einem andern Orte seinen Wohnsitz in der Absicht, daselbst beständig zu verbleiben, aufgeschlagen habe [1]. 2) Die Treibung

1) VOET in Commentar. ad Digesta Lib. V. Tit. I. §. 92. sagt: Inficias haud eundum, quin in dubio unusquisque domicilium in ipso potius originis loco, quam alibi, praesumatur habere: cum enim ab initio ius domicilii a patre in filium translatum sit, atque ita filius secutus sit domicilium habitationis paternae, consequens est, ut is, qui id mutatum conten.

bung eines auswärtigen Handels, und ein blos auf Erwerb abzielender Aufenthalt an einem fremden Orte macht noch keinen Beweis aus, daß man sein Vaterland verlassen, und diesen fremden Ort zu seinem beständigen Wohnsitz gewählt habe [2]). 3) Hat Supplicant überall in den Acten ausdrücklich erklärt, daß er noch niemals die Absicht gehabt, sein bisheriges Domicilium in Braunschweig zu verändern, und solches in Bourdeaux aufzuschlagen. Diese ausdrückliche Erklärung scheint alle Vermuthung eines etwa veränderten Wohnungsortes auszuschließen [3]). Es tritt also hier die Regel ein: veritati cedit praesumtio. Hierzu kommt 4) daß derjenige, welcher nur einen Theil seines Vermögens, und wäre es auch gleich der größeste, ausser seinem bisherigen Domicilium verwendet hat, deßhalb nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten noch zu keiner Nachsteuer verbunden ist [4]). Administratio enim bonorum aliorsum collata, bonave alio loco com-

tendit, hoc ipsum probet; cum in eodem statu res unaquaeque mansisse credatur, donec contrarium demonstratum fuerit. arg. L. 3. Cod. de municip. et originar. L. 17. §. 11. D. ad municipalem. Man vergleiche auch Io. Flor. RIVINI Diss. de non praesumta domicilii mutatione. (Lipsiae 1726.) §. 7.

2) L. 19. §. 2. D. de iudiciis. LAUTERBACH in Diss. de domicilio. Cap. IV. §. 28. n. 100. Strubens rechtliche Bedenken Th. IV. Nr. 75.

3) LAUTERBACH cit. Diss. Cap. IV. §. 29. n. 104.

4) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. CCCCXXXI. med. 6.

comparata, aut translata non mutant domicilium, sagt Rivinus in der angeführten Schrift [5].

§. 6.

Allein es ist wohl unläugbar, daß es in einem solchen Falle, da Zweifel entstehet, ob Jemand seinen bisherigen Wohnsitz verlassen, und solchen an einem andern Orte aufgeschlagen habe, nicht auf die bloße wörtliche Erklärung der Person ankomme, über deren domicilium gestritten wird [6], sondern es ist vielmehr dem Ermessen des Richters billig zu überlassen, nach den Umständen zu beurtheilen, ob Jemand durch Thathandlungen hinlänglich zu erkennen gegeben habe, daß er einen gewissen Ort zu seinem Wohnsitz wählen wolle [7]. Wenn man nun aber die in den Acten vorkommenden und oben (§. 1.) angeführten Thatumstände in Verbindung betrachtet, so lassen selbige keinen gegründeten Zweifel übrig, daß in dem gegenwärtigen Falle Supplicant sein domicilium verändert habe, zumahl

5) Diss. de non praes. domicilii mutat. §.26.

6) L. 20. D. ad municipalem. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione.

7) LAUTERBACH in Collegio Th. pract. Pandectar. Lib. V. Tit. I. in fine. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerl. Processes §. 27. S. 63 Pütters auserlesene Rechtsfälle 1sten Bandes 4. Th. Decis. CLXIII. n. 6. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 34. S. 114.

mahl wenn man damit die in den Gesetzen enthaltene Bestimmungen eines constituirten Domiciliums vergleicht. Denn so heißet es in der *L.* 27. *§.* 1. *D. ad Municipalem:* Si quis in municipio negotia sua semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, ibi festos dies celebrat, omnibu sdenique municipii commodis fruitur, eum ibi habere domicilium. Ferner sagt *L.* 7. *Cod. de incolis:* In eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde, cum profectus est, peregrinari videtur; und sehr deutlich redet auch *L.* 203. *D. de Verb. Signific.* Constitutum est, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas [8]) haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset. Hiergegen kann der Widerspruch des Supplicanten, als eine protestatio facto contraria, in keine weitere Betrachtung kommen, und auch die übrigen oben (§. 2. u. 5.) angeführten Gründe sind von keiner Erheblichkeit. Denn wenn gleich an sich freylich nicht zu läugnen ist, daß derjenige, welcher an einem fremden Orte Handlung treibt, deswegen noch nicht gleich sein bisheriges domicilium ändere, so ist doch dabey allerdings voraus zu setzen, daß derselbe nicht zugleich durch andere facta diese Absicht zu erkennen gegeben, sondern an dem frem-

8) Claproth a. a. O. übersetzt den Ausdruck tabulas durch Briefschaften.

fremden Orte nur etwa, wie Kaufleute zu Meßzeiten zu thun pflegen, einen Laden, Gewölbe oder Niederlage der Waaren gemiethet habe, ut aliquantum temporis ibi subsistere, negotiari, mercesque suas distrahere possit, von welchem Falle die in den Zweifelsgründen (§. 5. Not. 2.) angeführte *L.* 19. *ʃ.* 2. *D. de iudiciis* und Lauterbach ausdrücklich reden. Hiernächst ist auch des Supplicanten Anführen, daß er zum öftern nach Braunschweig, seinem Geburtsort, zurück gekehret, und sich geraume Zeit daselbst aufgehalten, zum Beweiß, daß er die Absicht, sein voriges domicilium beyzubehalten, nicht hinreichend 9). Constitutio enim alicubi domicilio, si quis inde proficiscitur, peregrinari saltem videtur 10). Eben so wenig kann ihm auch zu statten kommen, daß er noch einen Theil seines Vermögens zu Braunschweig stehen hat, da schon die translatio maximae partis bonorum, wenn solche, wie in dem gegenwärtigen Falle cum assidua commoratione verbunden ist, nach klarer Verordnung der Gesetze zur Begründung eines domicilii genüget 11). Endlich soviel die noch zuletzt vom Supplicanten beygebrachte gedruckte

9) Leyser in Meditat. ad Pandect. Spec. LXXII. med. 3. Rivinus in Diss. de non prael. domic. mutat §. 27.

10) L. 7. Cod. de incolis.

11) L. 2. Cod. ubi Senatores, wo jemanden ein domicilium an dem Orte zugeeignet wird, ubi majorem bonorum partem possidet, et ubi assidue versatur. Siehe Rivinus in cit. Dissert. §. 27.

Notification anbetrift, so konnte auch diese für ihn nichts entscheiden, da sie eines Theils eine bloße Privaturkunde war, welche für den Producenten keinen Beweis ausmacht [12]), andern Theils auch daraus nicht erhellete, daß derselbe die Handlung zu Bourdeaux aufgegeben, und aus der Societät mit seinem Compagnon getreten sey, sondern nur soviel besagte, daß diese Societätshandlung unter der bisherigen Firma von Koch et Müller nun geendiget sey, übrigens aber die ganz ausdrückliche Versicherung enthielt, daß Koch als Associé commanditaire, bey dieser Handlung interessirt bleibe, auch einen grossen Theil seines Capitals in der neuen Handlung lassen werde. Noch viel weniger aber war daraus zu ersehen, daß Koch sich nunmehr zu Braunschweig etabliren wolle, indem die Worte jenes Avertissements: daß Koch, weil er einige Ruhe wünschet, sich wieder nach Teutschland zu begeben entschlossen sey" eine solche Absicht keinesweges zu erkennen geben. Aus diesen Gründen wurde daher das vorige Decret der Justiz-Canzley von hiesiger Facultät bestätiget.

12) L. 7. Cod. de probat. Nov. XLVIII. Cap. 1. §. 1.

XXXI.

Erörterung der Frage: ob bey einer geschehenen Schätzung der Dotalgüter einer Ehefrau im Zweifel anzunehmen sey, daß selbige des Verkaufs wegen, oder nur Anschlagsweise geschehen sey?

§. 1.

Wenn die Dotalgüter einer Ehefrau in den Ehepacten zu einem gewissen Preis angeschlagen worden, so gehet die Absicht der Partheyen entweder bloß dahin, durch die Taxe den jetzigen wahren Werth des Brautschatzes auszumitteln, damit bey der künftigen Restitution die Grösse und der Betrag desselben, imgleichen die Bestimmung der Deterioration und Melioration keinen Streit ausgesetzt seyn möge; oder es soll der Brautschatz dem Ehemann für den gesetzten Preiß verkauft, und derselbe dereinst nicht die ihm zugebrachten Güter selbst, sondern nur deren anschlagsmäßigen Werth wieder zu erstatten schuldig seyn. Im ersten Fall sagt man, die Schätzung sey nur Anschlagsweise, (taxationis causa) im andern Falle aber, sie sey Verkaufs wegen (venditionis causa) geschehen [1]).

[1]) Scip. GENTILIS Tract. de aestimatione rerum in dotem datarum, der seinem Werk de bonis maternis, Hanau 1606. 8. beygedruckt ist.

§. 2.

Der Unterschied dieser beyden Arten der Schätzung ist von sehr wichtigen Folgen. Denn ist der Brautschatz venditionis causa geschätzt worden, so haftet der Ehemann nur für den taxirten Werth desselben, und dieser wird jetzt für das Heyrathsgut gehalten [2]. Es

2) L. 5. Cod. de iure dot. Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus, dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. L. 10. Cod. eodem: cum dotem te aestimatam accepisse profiteris, quis dubitet, aestimationem a te mulieri deberi? Nur in dem Falle, da der Mann insolvent ist, bleibt der Frau ihr Eigenthum, und sie kann die noch vorhandenen Dotalsachen vindiciren. L. 30. Cod. de iure dot. VOET in Comment. ad Pandect. T. II. Lib. XXIII. Tit. III. §. 19. Auf solche Art, glaube ich, läßt sich die Ungereimtheit leicht heben, die Henr. BRENKMANN in Diatr. de Eurematicis Cap. V. § III. pag. 79. hierbey zu finden vermeint hat. Es stehet auch die L. 30. C. mit der L. un. §. 15. Cod. de rei ux. act. in keinem Widerspruche. Denn wenn Justinian daselbst dem Ehemann erlaubt dotem aestimatam zu veräußern, quia in ea et dominium et periculum mariti est, so ist doch dieses immer unter der Voraussetzung zu verstehen, wenn die Ehefrau des taxirten Werths wegen aus dem Vermögen des Mannes ihre Befriedigung erhält. Dieß bringt auch der ganze Zweck dieser Justinianeischen Legislation mit sich, welcher auf ganz vollkommene Sicherstellung der Frau gegen alle Veräußerung ihres Heyrathsguts unstreitig gerichtet ist. Publice enim interest, sagt Pomponius L. 1. D. soluto matrim. dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas, ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium.

Es gehet daher bey dieser Art von Schätzung das volle und unwiderrufliche Eigenthum der geschätzten Güter auf den Ehemann über [3], welcher nun dieselben veräußern, und darüber nach Gefallen disponiren kann [4]. Er muß aber auch alle Unglücksfälle tragen [5], und bleibt Schuldner der bestimmten Summe, wenn gleich das Heyrathsgut noch vor der Uebergabe zu Grunde gehen sollte, es wäre denn, daß die Ehefrau durch widerrechtliche Verzögerung den Untergang der Sache selbst veranlaßt hätte [6]. Denn diese Art von Schätzung wird wie ein **Kauf** angesehen [7]. Der Käufer

3) L. 69. §. 8. D. eod. In dotem rebus aestimatis et traditis, quamvis eas mulier in usu habeat, viri dominium factum videtur.

4) L. 11. D. de fundo dot. L. 6. Cod. de Ususfruct. L. un §. 15. Cod. de rei uxor. act. VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. XXIII. Tit. 5. §. 3.

5) L. 10. pr. D. de iure dot. L. 10. Cod. eod. L. un. §. 9. in fin. Cod. de rei uxor. act.

6) L. 14. D. de iure dot. Si rem aestimatam mulier in dotem dederit, deinde ea moram faciente in traditione, in rerum natura esse desierit, actionem eam habere non puto. L. 15. D. eod. Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert, ac si tradidisset, quia, quod evenit, emtoris periculo est.

7) L. 10. §. 5. D. de iure dot. Aestimatio dotis venditio est.

aber muß von Stund an alle Unglücksfälle übernehmen, da der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist [8].

§. 3.

Ueberdem hat ein solcher Anschlag der Dotalstücke für den Ehemann auch noch die sehr nachtheilige Wirkung, daß er den Schaden ersetzen muß, wenn gleich derselbe durch den der Frau verstatteten Gebrauch verursachet worden [9]. Hätte freylich sich die Frau den Gebrauch der geschätzten Sachen gegen den Willen des Mannes angemasset, so ersetzt ihr der Ehemann nichts, außer insofern sie diesen Gebrauch mit Recht verlangen konnte, weil solcher zu derselben Unterhalt gehörte,

den

8) POTHIER in Pandectis Iustinianeis in novum ord. digest. Tom. II. (Lugduni 1782. fol.) Lib. XXIV. Tit. III. Nr. LXX. not. f. sagt ganz richtig: Quum certa res certo pretio aestimata viro in dotem promittitur, vir contrahere videtur emtionem huius rei. Fit igitur res eius periculo, statim atque convenit, adeoque, quamvis ante traditionem extincta sit, vir nihilominus debitor est pretii.

9) L. 10. pr. D. de iure dot. Eveniet, si aestimata sint, et ea mulier attrivit, ut nihilominus maritus aestimationem eorum praestet. L. 53. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. Res in dotem aestimatas, consentiente viro, mulier in usu habuit; usu deteriores si fiant, damni compensatio non admittitur. L. 51. D. soluto matrim. Aestimatae res, usu etiam mulieris, periculo mariti deteriores efficiuntur.

den ihr der Mann auf keine andere Art prästiren wollen [10].

§. 4.

Der Ehemann hat dagegen auch von Zeit der geschehenen Schätzung an alle Vortheile des Brautschatzes zu genießen, die nur ein Eigenthümer haben kann [11]. Er kann ferner, wie ein jeder anderer Käufer, die Gewährleistung verlangen, wenn ihm etwa das geschätzte Dotalgut wäre abgestritten worden [12]. Hätte jedoch der Mann deshalb keine Entschädigung erhalten, so kann er sich mit der exceptione doli schützen, wenn die Frau nach getrennter Ehe auf die Restitution des Werths klagt, und diese Einrede stehet ihr auch alsdann entgegen, wenn sie gleich das Heyrathsgut nicht selbst, sondern deren Vater gegeben hätte, und sie desselben Erbe nicht geworden wäre [13]. Denn der dolus patris

10) L. 21. pr. et §. ult. D. de donat. inter Vir. et Ux. L. 22. §. 8. D. soluto matr. S. Ios. FINESTRES in Hermogeniano ad L. 51. D. solut. matr. §. 6. pag. 525.

11) L. un. §. 9. Cod. de rei ux. act. Aestimatarum rerum maritus, quasi emtor, et commodum sentiat et dispendium subeat.

12) Der Ehemann klagt daher ex emto auf die Gewährleistung L. 16. D. de iure dot. L. 1. Cod. eodem. Man vergleiche Hrn. Prof. Büchners Diss. de eo, quod iustum est circa evictionem in dotis datione praestandam. Giessae 1789.

13) L. 49. §. 1. D. soluto matrim. Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa pigno-

patris schadet ihr in jedem Falle, weil es unbillig seyn würde, wenn der Mann den Werth eines Grundstücks ersetzen sollte, welches er der geschehenen Entwährung wegen nicht behalten können [14]). Wäre hingegen der Ehemann entschädiget worden, so muß er dasjenige, was er der Entwährung wegen erhalten, dereinst als Heyrathsgut zurückgeben, wenn es auch den doppelten Werth betragen sollte. Denn die Aestimation ist hier kein simpler Kauf, sondern geschiehet in Rücksicht eines Heyrathsgutes, mit welchem sich der Mann zum Schaden seiner Frau nicht bereichern darf [15]).

§. 5.

pignoris ablatus est; Quaesitum est, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit? ait enim, se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non extiterit. PAULUS respondit, praedio evicto sine dolo et culpa viri, pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

14) S. POTHIER in Pandectis Iustinian. in novum ordinem digest. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. III. n. LV. not. h. p. 67.

15) L. 16. D. de iure dot. Quoties res aestimata in dotem datur, evicta ea, virum ex emto contra uxorem agere; et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione, soluto matrimonio ei praestari oportet, etsi duplum forte ad virum pervenerit. Quae sententia habet aequitatem, quia non simplex venditio sit, sed totis causa: nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris. Hieraus ist auch L. 52. D. eod. zu erklären, wie I. IENSIUS in Stricturis ad Rom. iuris Pandectas et Codicem (Lugd. Bat. 1764.) pag. 170. richtig bemerkt hat.

§. 5.

Sollen jedoch diese Wirkungen statt finden, welche die verkaufsmäßig geschehene Anschlagung der Dotalgüter hat, so wird dazu erfordert, daß die Ehe wirklich erfolgt seyn müsse. Ist daher die Schätzung vor der Ehe geschehen, so ist sie gleichsam nur wie ein bedingter Kauf angesehen, dessen Vollkommenheit ganz allein von der künftigen Vollziehung der Ehe abhängt [16]. Wenn demnach auch gleich die geschätzte Sache schon vor der Hochzeit dem Manne übergeben worden wäre, so kann sie dennoch derselbe so wenig pro emtore, als pro suo usucapiren [17]. Denn hier tritt der bey einem bedingten Kaufe angenommene Grundsatz ein, daß das Eigenthum der Sache pendente conditione nicht auf den Käufer übergehet [18]. Erfolgt die Ehe nicht, so bleibt die geschehene Schätzung ohne Wirkung [19]. Es kann daher

16) L. 10. §. 4. D. de iure dot. Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est: namque hanc habet conditionem, si matrimonium fuerit secutum: secutis igitur nuptiis, aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio.

17) L. 2. D. pro dote: Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emtore nec pro suo ante nuptias usucapietur. S. Barthol. cursu Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 26. und Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 655.

18) L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vendit.

19) L. 17. §. 1. D. de iure dot. Id agi videtur, ut ita demum aestimatio rata sit, si nuptiae sequantur.

daher nur die dem Ehemann übergebene Dotalsache zurückgefordert werden, nicht aber der taxirte Werth derselben [20]); und ist die Sache unterdessen ohne Schuld des Bräutigams zu Grunde gegangen, so muß die Braut allein den Schaden tragen, und kann dieses Unglücksfalles wegen keine Vergütung fordern [21]). Ist hingegen die Bedingung der Ehe zur Wirklichkeit gekommen, so wird zwar dennoch eine gänzliche Zernichtung der Sache, die in der Zwischenheit durch einen Unglücksfall verursacht worden, der Ehefrau schaden, allein eine bloße Deterioration derselben gehet über den Ehemann, wenn nur die Sache selbst zur Zeit der vollzogenen Ehe noch vorhanden ist [22]).

§. 6.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Schätzung taxationis causa geschehen ist. In einem sol-

20) L. 17. cit. Si nuptiae secutae non sint, videndum est; quid repeti debeat; utrum res, an aestimatio? — Res igitur repeti debet, non pretium.

21) L. 10. §. 5. D. eod. Cum conditionalis sit venditio, pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere, mulieri periisse: quia nondum erat impleta venditio: nam aestimatio venditio est.

22) L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. Sane, si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris. S. VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. XXIV. Tit. III. §. 20. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-Contract rc. §. 568. S. 427.

solchen Falle muß der Brautschatz nach getrennter Ehe in Natur herausgegeben werden [23]). Die Schätzung dient nur dazu, damit man dereinst den wahren Werth des Heyrathsguts wissen könne, wenn solches durch des Mannes Schuld zu Grunde gehen, oder nur deteriorirt werden sollte [24]). Die Frau bleibt daher wahre Eigenthümerin, und muß also auch die Unglücksfälle tragen, sofern der Ehemann dabey außer Verantwortung ist. Dagegen aber leistet sie auch keine Gewähr, es wäre denn, daß entweder bey Gebung des Heyrathsguts Gefährde zu Schulden gebracht, oder die Evictionsleistung

23) L. 69. §. 7. D. de iure dot. Cum res in dotem aestimatas, soluto matrimonio, reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur. Add. L. 1. Cod. solut. matrim.

24) Der Regel nach leistet der Ehemann in Ansehung des Heyrathsgutes nur culpam levem in concreto, das heißt, die Frau kann in Verwaltung ihres Heyrathsguts von dem Manne keine grössere Sorgfalt fordern, als derselbe auf sein eigen Guth verwendet. Paulus L. 17. pr. D. de iure dot. sagt dieses deutlich: In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam: (nämlich levem L. 23. D. de Reg. iur.) quia causa sua dotem accipit: Sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. Doch leidet diese Regel eine Ausnahme, wenn das Verfahren des Ehemanns in Ansehung seiner eigenen Sachen richterliche Ahndung verdient, und die Frau dabey Gefahr läuft, um das Ihrige zu kommen. Ein treffendes Beyspiel enthält L. 24. §. 5. D. soluto matrim. dos quem. pet. S. Conr. RITTERSHUSIUS in Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. X. pag. 138. sqq.

leistung ausdrücklich versprochen worden [25]. Ueberhaupt findet in diesem Falle, in Absicht auf die Rechte des Mannes, eben dasjenige statt, was Rechtens ist, wenn gar keine Schätzung des Heyrathsguts geschehen wäre [26].

§. 7.

Es können indessen auch bey dieser Art der Schätzung mancherley Verabredungen getroffen werden, welche derselben eine besondere Form und Wirkung geben. So kann einmal verabredet werden, daß nach Trennung der Ehe entweder das Heyrathsgut oder der taxirte Werth prästirt werden solle. In diesem Falle hat derjenige Ehegatte die Wahl, der sich solche vorbehalten hat. Ist deshalb nichts ausdrücklich bestimmt, so stehet die Wahl nach der Regel: in obligationibus alternativis debitoris est electio [27], dem Ehemann zu. Nach der Natur einer alternativen Verbindlichkeit muß aber auch derselbe den bestimmten Werth des Brautschatzes schlechterdings ersetzen, wenn solcher zur Zeit der getrennten Ehe nicht mehr in Natur vorhanden seyn

25) L. 69. §. 7. D. de iure dot. Rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro; alioquin de dolo tenetur. Add. L. 1. Cod. eod.

26) L. 10. pr. et §. 1. D. de iure dot.

27) §. 33. I. de actionib. Cap. 70. de Reg. iur. in 6to.

seyn sollte, gesetzt auch, daß derselbe ohne seine Schuld zu Grunde gegangen wäre [28]). Denn wenn bey der Wahl, dieses oder jenes zu leisten, das eine durch einen Unglücksfall nicht mehr geleistet werden kann, so muß man dasjenige, so noch in unserer Gewalt stehet, schlechterdings erfüllen, und darf sich mit der Ausflucht: es lieget nicht an uns, keinesweges behelfen, weil solchenfalls die Wahl ganz wegfällt, welche dem Promissor nur so lange zustehet, als sie noch möglich ist [29]). Ist hingegen der Brautschatz noch vorhanden, so kann der Ehemann solchen, wie er zur Zeit der getrennten Ehe beschaffen ist, zurückgeben, wenn gleich derselbe, jedoch ohne seine Schuld, deteriorirt seyn sollte [30]). Den Schaden muß in solchem Falle die Frau

28) L. 10. §. 6. D. de iure dot. Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verum convenerit, ut aut aestimatio, aut res praestetur: siquidem fuerit adiectum, utrum mulier velit, ipsa eliget, utrum malit petere rem, an aestimationem: verum si ita fuerit adiectum, utrum maritus velit, ipsius erit electio: aut si nihil de electione adiiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre, an pretium earum. Nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. Sed si res non exstet, aestimationem omnimodo maritus praestabit.

29) L. 16. L. 105. D. de Verbor. obligat. L. 2. §. 3 D. de eo quod certo loco. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 19. n. 3. pag. 23. POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. III. n. LX. not. h.

30) L. 11. D. de iure dot. Sane et deteriorem factam reddere poterit.

Frau tragen, eben so als wenn gar keine Schätzung geschehen wäre.

§. 8.

Es kann ferner in dem Ehevertrage festgesetzt werden, daß die zum Brautschatz übergebene Sachen um den Preiß, wofür sie angeschlagen worden sind, (res tantidem aestimatae) nach getrennter Ehe, schlechterdings zurück geliefert werden sollen [31]). Die Wirkung dieses Vertrags ist, daß, wenn die geschätzten Dotalstücke zur Zeit der getrennten Ehe noch vorhanden sind, dieselben in Natur herausgegeben werden müssen [32]). Sind alsdann diese Sachen noch unverdorben, so werden sie zurückgeliefert, wie sie jetzt sind [33]).

Haben

31) L. 18. D. de iure dot. L. penult. §. 3. D. sol. matrim. L. 21. Cod. de iure dot.

32) L. 21. Cod. cit. sagt: Si inter virum et uxorem pactum sit interpositum: ut si matrimonium intra quinquennii forte tempora quoquo modo esset dissolutum, species aestimatae doti datae, PRETIIS, QUIBUS AESTIMATAE SUNT, redderentur; manifestum est non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui.

33) Sind Sachen verkauft worden, so kommt es nach dem Rechte der Pandecten darauf an, ob der Verkauf mit Einwilligung oder Genehmigung der Ehefrau geschehen, oder ohne dieselbe. Im letztern Fall ist die Veräußerung ungültig, und die Sachen, soferne sie noch vorhanden sind, müssen eben so wohl herausgegeben werden, als wenn gar keine Aestimation geschehen wäre. L. 50. D. solut matrim.

Haben sie hingegen durch Gebrauch oder Zeit von ihrem Werth verlohren, so muß der Ehemann diese Deterioration vergüten, wenn er gleich außer Schuld ist. Denn er haftet hier für die Gefahr [34]). Er muß daher auch den ganzen Werth anschlagsmäßig ersetzen, wenn der Brautschatz durch Unglücksfälle ganz zu Grunde gegangen seyn sollte [35]). So wie indeßen aller Schade

trim. Im erstern Falle hingegen stand es in der Macht des Ehemannes, ob er das verkaufte Gut selbst, oder den erhaltenen Werth ersetzen wollte. L. 32. D. de pact. dotal. Allein POTHIER in Pandect. Iustin. T. II. lib. XXIII. Tit. IV. Nr. VII. Not. e. bemerkt ganz richtig, daß sich diese ganze Distinction auf die Verordnung des Julischen Gesetzes beziehet, vermöge welcher die Veräußerung eines Dotalgrundstückes mit Einwilligung der Ehefrau gültig geschehen konnte, welches aber Justinian geändert hat. Pr. I. Quib. alienar. licet. L. un. §. 15. C. de rei ux. act. Siehe auch Franc. DUARENUS in Tit. Pandect. soluto matrimonio ad L. 50. (Opper. pag. 290.)

34) S. Iust. MEIERI Ἐνδοξῶν Iustinianeor. s. Disputation. apologeticar. iur. civ. Decad. VII. Cap. X. §. 19. (Tom. III. Collegii Argentorat. p. 1960. 4.) und Ios. FINESTRES in Hermogeniano. Tom. I. p. 527. sqq.

35) L. 21. Cod. cit. Cum in placitis specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne, si species aliqua deminuta fuisset aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur. POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. II. ad Tit. solut. matr. Nr. LVIII. not. f. will zwar die Worte deminuta fuisset aut perdita von einem solchen Falle verstehen, wo der Schade culpa mariti vel post moram geschehen; allein

de bey diesem Vertrag über den Mann geht, so gehört ihm billig auch der Vortheil und Zuwachs des Heyrathsguts 36).

§. 9.

allein daß der Ehemann bey dem Vertrage, von welchem das Gesetz redet, (siehe Not. 31.) die Gefahr des Heyrathsguts übernehmen muß, beweisen L. 18. D. de iure dot. und L. 66. §. 3 D soluto matr. ganz deutlich. Eben daraus, weil dieser Vertrag für den Ehemann sehr nachtheilig ist, läßt sich's auch vielleicht erklären, warum der Ehemann solchen in dem Falle der L. 21. C. cit. nicht länger als auf eine Zeit von funf Jahren geschlossen hatte. Uebrigens bemerke ich nur noch, daß das Wort perditum in unsern Gesetzen von dem gebraucht wird, quod in rerum natura esse desiit. S. L. 21. D. de heredit. petit.

36) L. 18. D. de iure dot. Si mancipia in dotem aestimata accepisti, et pactum conventum factum est, ut tantidem aestimata divortio facto redderes, manere partum eorum apud te LABEO ait: quia et mancipia tuo periculo fuerint. Eben so L. 66. §. 3. D. soluto matrim. Sonst kann sich der Ehemann partum ancillae nicht zueignen, denn das Sklavenkind ist kein fructus. L. 27. D. de hereditat. petit. L. 48. §. penult. D. de furt. §. 37. I. de Rer. divis. v. BYNCKERSHOECK Observat. iur. Rom. lib V. c. 7. Ge. D'ARNAUD Vitae scaevolarum dissertat. postum. (Traiecti ad Rhen. 1767. 8.) § XVIII. und Henr. Io. ARNTZENIUS in Observat. ad Eundum not v. pag. 50. vorzüglich GALVANUS de Usufructu. (Tübing. 1788. 4.) Cap 29. Diesem ist ubrigens L. 1. C. Soluto matrim. nicht entgegen, denn daselbst konnte vermöge des eingegangenen Vertrages nicht anders, als geschehen, rescribirt werden, nämlich: ancillas cum partu ex stipulatu iudicio restitui oportere. S. Fr. DUARENUS ad L. 66. §. 3. D. Solut. matr. Oper. p. 294.

§. 9.

Ich hielt es für nöthig, den Unterschied zwischen der Schätzung des Heyrathsguts, welche venditionis causa und derjenigen, welche nur taxationis causa geschehen, zuförderst etwas genauer, als insgemein zu geschehen pflegt, auseinander zu setzen, um das Interresse der Frage desto deutlicher einzusehen, welche Art der Schätzung in Zweifel zu vermuthen sey? zu deren Erörterung ich nunmehr schreite. Bekanntermaßen sind die Meinungen der Rechtsgelehrten darüber verschieden. Einige behaupten, daß wenn bey der Aestimation des Heyrathsguts die Absicht dieser Schätzung nicht deutlich am Tage liege, im Zweifel angenommen werden müsse, daß selbige nur taxationis causa geschehen sey [37]. Andere hingegen lehren, daß bey der Schätzung des Heyrathsguts im Zweifel eine käufliche Ueberlassung vermuthet werden müsse [38]. Noch andere wollen darauf ge-

37) I. H. BOEHMER in iure Digestor. P. II. Lib. XXIII. Tit. III. §. 11. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor lib. XXIII Tit III §. 8. Struben in den rechtl. Bedenken 2 Th Bed. 83. MÜLLER in Observat. pract. ad Leyseri meditat. Tom. III. Fasc II. Obs. 551. Io. Thad MÜLLER in systemat Pandectar Part. II. (Manhemii 1786.) §. 606. Not. a. Höpfner in dem theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 418. Not. 3. Dabelow in den Grundsätzen des allgemeinen Eherechts der teutschen Christen §. 198.

38) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 10. D. de iure dot. n. 2. et ad L. 5. et 10. Cod. eod. n. 10. MÜLLER ad Struvii Syntagm. iuris civ. Exerc. XXX. Th. 14. not. α. LAUTERBACH

gesehen wissen, ob in der Ehestiftung zuerst des Werths und hernach erst des Dotalguts Erwähnung geschiehet, z. E. Die Ehefrau bringe dem Manne 10000 Rthlr. und statt derselben das Tusculanische Guth ein; oder ob die Bestimmung des Werths erst nach der Erwähnung des Dotalguths folgt: z. E. sie inferire ihm das Tusculanische Guth, welches 10000 Rthlr. werth sey. Im ersten Fall sey anzunehmen, daß der Anschlag venditionis causa, im letztern Fall hingegen, daß solcher nur taxationis causa geschehen sey [39]. Endlich meinen auch verschiedene Rechtsgelehrte, daß wenn das Heyrathsgut in einer bestimmten Summe Geldes versprochen worden, und dann ein Grundstück an Zahlungsstatt inferirt werde, solches für die versprochene Summe dem Ehemann käuflich überlaßen sey [40].

§. 10.

BACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. P. II. Lib. XXIII. Tit. III §. 26. BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. III. §. X. Not. 15. HUBER in Praelect. ad Tit. Pand. de fundo dot. pag. 218. VOET in Commentar. ad Digesta Tom. II., Lib. XXIII. Tit III. §. 19. HOFACKER in Princip. iur. civ. Romano-Germ. Tom. I. §. 426. Io. Tob. RICHTER in Disp. de aestimatione instrumenti seu inventarii in praediis oeconomicis locand. (Lipsiae 1774.) §. 2. u. a. m.

39) Mich. Godofr. WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. P. II. Lib. XXIII. Tit. III. §. 11.

40) Io. Balth. L. B. a WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 90. HELLFELD in iurisprud. for. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. III. §. 1230. Io. Thad. MÜL-

LER

§. 10.

Mich dünkt, daß man zuförderst darauf zu sehen habe, ob nicht etwa aus den Worten der Ehestiftung, oder aus andern Umständen die Absicht der Partheyen mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden könne [41]. So z. E. ist allerdings anzunehmen, daß die Schätzung verkaufsweise geschehen sey, wenn es in dem Ehevertrage heißt: daß die Ehefrau dem Manne fünf Hufen Landes statt 1500 Rthlr. zubringe, und der Ehemann für diese Summe zu haften versprochen habe; dahingegen eine solche Absicht sich keinesweges vermuthen läßt, wenn in der Ehestiftung nur bloß bemerkt worden ist, wie hoch die Ehefrau das Grundstück z. B. das Haus, so sie dem Ehemann inferire, nach dem väterlichen Testament habe annehmen müßen. Es heißt z. E. die Frau inferire dem Manne ein Haus, so ihr in dem väterlichen Testamente für 1500 Thaler zu ihrem Erbtheil angeschlagen worden. Denn hieraus ist freylich wie Struben [42] richtig bemerkt, noch nicht zu folgern, daß sie es auch um diesen Preiß ihrem Ehemanne käuflich überlassen habe [43].

 Eben

LER in Systemat. Pandectar. Part. II. (Manhemii 1786. 8.) §. 592. pag. 574.

41) HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I §. 426.

42) rechtl. Bedenken 2. Th. Nr. 83. S. 318.

43) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 5. Cod. de iure dot. n. 11.

Eben so wenig läßt sich die Absicht einer käuflichen Ueberlassung der Dotalgüter in dem Falle annehmen, wenn der Vater, der die Güter der Tochter mitgegeben, in der Ehestiftung versprochen, daß wenn wider Verhoffen diese Güter evincirt und an die Familie N. wieder abgetreten werden müßten, er sodann statt derselben eine gewisse Summe bezahlen wolle, weil hier die Schätzung offenbar nur in Absicht auf den Fall der Entwährung geschehen, und hierdurch das Quantum der etwa zu leistenden Eviction hat ausgedruckt werden sollen 44). Man setze ferner, daß der Ehemannn mit den Dotalgütern der Ehefrau übel zu wirthschaften anfinge, und hierdurch die Frau veranlaßt würde, die Güter während der Ehe taxiren zu lassen; so kann auch unter diesen Umständen kein Verkauf sondern ein bloßer Anschlag angenommen werden 45). Darauf hingegen, ob in der Ehestiftung des Werths oder des Gutes zuerst Erwähnung geschehen sey, wie Prof. Wernher 46). behaupten will, kommt es w. hl allein nicht an, wie die angeführten Beyspiele hinlänglich zeigen. Läßt sich nun aber die Absicht der Partheyen aus den Worten und sonstigen Umständen auf keine Weise errathen, so ist die Frage, welche Schätzung im vorkommenden Falle an-

44) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. V. Spec. CCCXI. med. 10. et 11.

45) RICHTER cit. Diss. §. 2. in fine.

46) in lectiss. Commentat. in Pandect. P. II. pag. 348.

anzunehmen, aus dem römischen Rechte zu entscheiden. Quum enim Ius Romanum pactis dotalibus, quatenus de dote concipiuntur, formam dederit, schreibt der ehemalige berühmte Marburgische Rechtslehrer, Aemil Ludw. Homberg zu Vach 47), hinc conventiones hujusmodi exinde dijudicandas esse patet.

§. 11.

Prüfen wir nun die hievon handelnde Stellen unsers römischen Gesetzbuches unpartheyisch, so lassen sie keinen Zweifel übrig, daß, wenn die Absicht der Partheyen nicht deutlich ausgedruckt worden, eine um der Veräußerung willen vorgenommene Schätzung vermuthet werden müsse. Eine sehr deutliche Stelle aus des Pomponius *lib. 9. ad Sabinum* enthält L. 3. D. locati conduct. Cum fundus locetur, heißt es daselbst, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, PROCULUS ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus: sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur. Pomponius behauptet also hier mit Proculus, wenn bey Verpachtung eines Landguts der Pächter das Wirthschaftsinventarium nach einer bestimmten Taxe übernimmt, so werde er nach der vermuthlichen Absicht der Partheyen als Käufer der Inventarienstücke an-

47) in Diss. de origine atque indole distinctionis pactor. dotalium in simplicia et mixta, eorumq. recta interpretat. (Marburg. 1749.) Cap. II. §. 2.

gesehen: gleichwie in dem Fall anzunehmen, wenn das Heyrathsgut dem Ehemann mittelst Anschlags wäre übergeben worden. Pomponius nimmt es also hier als einen unbezweifelten Rechtssatz an, daß wenn das Heyrathsgut geschätzet worden, der Mann als Käufer desselben anzusehen sey. Daß in dieser Stelle die Frage davon sey, was im Zweifel rechtlicher Vermuthung nach anzunehmen? lehrt der ganze Zusammenhang; denn entscheidet der Vertrag die Absicht der Partheyen deutlich, so bedarf es weder der Meinung des Proculus noch des Pomponius. Jenem ganz unbezweifelten Rechtssatz gemäß geben daher die römischen Rechtsgelehrten in den Gesetzen der Pandecten überall bei Entscheidung der wegen eines geschätzten Heyrathsguts entstehenden Rechtsfragen von dem Grundsatz aus: die Schätzung sey eine Art von Kauf [48]) welcher über das Heyrathsgut dergestalt geschlossen werde, daß der anschlagsmäßige Werth nun gleichsam als der inferirte Brautschatz selbst anzusehen sey [49]). Eben dieser Grundsatz wird in den Verordnungen des Justinianeischen Codex bestätiget [50]), und Justinian selbst nimmt es für eine bekannte Wahrheit an [51]), daß bey einer geschehenen Schätzung des Hey-

raths-

48) L. 10. §. 5. D. de iure dot.

49) L. 16. D. eod. L. 69. §. 7. D. eod.

50) L. 11. Cod. de pact. L. 1. Cod. de iure dot. L. 6. Cod. de Usufr.

51) L. un. §. 9. Cod. de R. U. Act.

rathsguts der Ehemann als Käufer zu betrachten, über welchen Gewinn und Verlust gehe.

§. 12.

Diese rechtliche Vermuthung für eine Schätzung, welche verkaufsweise geschehen, ist aber auch, wie ich glaube, schon in der Natur der Sache selbst gegründet. Denn die Bestellung eines Brautschatzes ist ein Geschäft, welches schon an sich die Uebertragung eines Eigenthums zur Absicht hat [52]). Da jedoch das Eigenthum, welches die Gesetze dem Ehemann außer dem Fall der Schätzung an dem Heyrathsgute seiner Ehefrau ertheilen [53]) nur ein unvollkommenes, oder wenigstens ein wiederrufliches Eigenthum ist [54]), weil der

P 5 Ehe-

52) §. 40. I. de Rer. Divis. et acquir. rer. dom. L. 47. §. ult. D. de peculio.

53) Princ. I. quib. alienar. lic. vel non. L. 7. §. 3. D. de iure dot. L. 13. §. 2. D. de fundo dot. L. 23. Cod. de iure dot. Man vergleiche GALVANUS de Usufructu Cap. 22. n. IX. pag. 247. Henr. Godofr. BAUER Commentat. iur. civ. de marito fundi dotalis domino. (Lipsiae 1760.) Wäre freylich nur der Nießbrauch eines Grundstücks zum Brautschatz gegeben worden, so läßt sich kein Eigenthum des Ehemanns gedenken, sondern in diesem Falle erwirbt der Ehemann blos das Recht einer persönlichen Servitut L. 7. §. 2. L. 66. L. 78. §. 1. et 2. D. de iure dot. S. Christ. Henr. BREUNING Quaest. iur. contr. quid intersit inter fundum et usumfructum fundi in dotem datum. Lipsiae 1774.

54) Von der Beschaffenheit und den Wirkungen dieses dominii civilis handeln Io. SCHILTER in Herennio Modestino. (Argen-

Ehefrau das natürliche Eigenthum ihres Eingebrachten verbleibt [55]; so ist es der vermuthlichen Absicht der Partheyen allerdings gemäß, wenn angenommen wird, daß dem Ehemann durch die Schätzung ein vollkommenes und unwiederrufliches Eigenthum übertragen werden solle [56]. Man wende nicht ein, daß eine gänzliche Aufgebung des Eigenthums nicht vermuthet werde [57]. Denn dieses ist nur eine allgemeine Vermuthung, die der besondern rechtlichen Präsumtion, welche aus

gentorati 1687. 4.) Cap. V. und Henr. BRENKMANN in Diatr. de Eurematicis siv. in Herennii Modestini libr. sing. περι Ευρηματικων Commentar. (Lugd. Batavor. 1706. 8.) Cap. V.

55) L. 75 D de iure dot. Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. L. 30. Cod. eodem: Cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio — non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. S. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 432.

56) BERGER in Oecon. iur. Lib I. Tit III. Aphor. X. Not. 5 und RICHTER in Diss. cit. de aestimat. instrumenti s. inventar. in praed. oecon. locand. §. 2. giebt die Regel: Quotiescunque negotium, cui aestimatio accessit, in se continet titulum ad dominium transferendum habilem, toties aestimatio venditionis gratia facta esse censetur; cuiusmodi exemplum est in dote aestimata, ubi partes, de quanam aestimatione senserint, non expresserunt.

57) Diesen Grund braucht vorzüglich Hr. Reg. Rath MÜLLER in Systemate Pandectar. P. II. §. 592. not. i.

aus einer ohne deutlichere Bestimmung der Absicht geschehenen Schätzung des Heyrathsgutes entstehet, unstreitig weichen muß [58].

§. 13.

Ein Hauptgrund für die Meinung, daß die Schätzung des Heyrathsguts im Zweifel für eine solche zu halten sey, welche um der Veräußerung willen geschehen, ist jedoch unstreitig der, daß unsere Gesetze überall, wenn bey einer geschehenen Anschlagung des Heyrathsguts solches in Natur restituirt werden soll, desfalls einen ausdrücklichen Vertrag erfordern. Dieser Vertrag wäre aber offenbar überflüssig, wenn im Zweifel angenommen werden müßte, daß das Heyrathsguts blos zur Ergründung seines wahren Werths geschätzet worden sey, weil die Natur einer solchen Schätzung, welche taxationis causa geschehen, ohnedem mit sich bringt, daß der Brautschatz nach getrennter Ehe in Natur herausgegeben werden muß. (§. 6.) [59] Ich will zum Beweiß nur einige Gesetzstellen anführen. So z. B. sagt Papinian *lib.* 4. *Responsorum* [60]: Cum res in dotem *aestimatas* soluto

58) I. H. BOEHMER in Diss. de collisione praesumtionum Cap. II. §. 7. und Wilh. Frid. HOMBERGK zu Bach in Diss. de concursu praesumtionum (Marb. 1734.) §. 31.

59) IOS. FINESTRES in Hermogeniano T. I. pag. 526.

60) L. 69. §. 7. D. de iure dot.

luto matrimonio, *reddi placuit*, summa declaratur, *non venditio contrahitur*. Noch deutlicher Kr. Alexander [61]: Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. Si itaque non CONVENIT, *ut soluto matrimonio restituerentur*, et iure aestimatae sunt: retinebit eas, si pecuniam tibi offerat. Die Statia, an welche dieses Rescript gerichtet ist, hatte ihren Brautschatz bey der Uebergabe desselben an ihren Ehemann schätzen lassen. Die besondere Absicht, welche sie zu der geschehenen Schätzung veranlaßt hatte, war ohne Zweifel in den Ehepacten nicht deutlich ausgedruckt worden. Denn sonst hätte wohl in Ansehung dessen, was bey einer geschehenen Schätzung Rechtens ist, nicht leicht ein solcher Zweifel entstehen können, der erst durch ein kaiserliches Rescript hätte aufgelöset werden dürfen. Nun entstand nach getrennter Ehe die Frage, ob sie ihr Heyrathsgut in Natur, oder nur desselben Werth zurückfordern könne? Der Kaiser rescribirt ihr, daß bey einer geschehenen Schätzung des Heyrathsguts, wenn dabey keine besondere Verabredung getroffen worden, der Ehemann die geschätzte Sache selbst als sein Eigenthum erhalte, der durch die Schätzung festgesetzte Werth aber als der eigentliche Brautschatz anzusehen sey. Wenn daher nicht ausdrücklich festgesetzt vorden, daß nach getrennter Ehe das Heyrathsgut in Natur zurück gegeben werden solle,

61) L. 5. Cod. eod.

solle, die Schätzung auch überdem *iure*, das heißt, auf eine solche Art geschehen ist, daß das Heyrathsgut nach seinem wahren Werthe angeschlagen worden, so behalte der Ehemann die ihm aestimato zugeschlagenen Dotalgüter, und restituire nur den anschlagsmäßigen Werth derselben. Daß die Partheyen in diesem Gesetz, wie Struben behauptet [62]), eingeräumt haben sollten, daß die aestimatio venditionis causa geschehen, ergiebt sich aus den Worten desselben nicht. Wenigstens wäre alsdann die Frage, ob die Frau ihr Heyrathsgut in Natur zurückfordern kann? ganz überflüßig gewesen.

§. 14.

Noch muß ich kürzlich die Gründe der entgegen gesetzten Meinung beleuchten. Man sagt erstlich, die Schätzung der Mitgabe, welche bloß zur Ausmittelung ihres wahren Werths geschehen, sey für die Frau vortheilhafter. Denn bey dieser dürfe der Ehemann das Heyrathsgut nicht veräußern. Dieselbe sey also im Zweifel zu vermuthen [63]). Ich räume ein, daß im Zweifel allerdings dafür gesprochen werden müsse, was den Rechten des Heyrathsguts am meisten vortheilhaft ist [64]). Allein ich zweifle, ob es gerade für die Frau im-

62) In den rechtl. Bedenken 2. Th. S. 316.

63) Diesen Grund brauchen SCHAUMBURG und BOEHMER ll. citt.

64) L. 70. D. de jure dot. sagt ganz ausdrücklich: in ambiguis pro dotibus respondere melius est.

immer am vortheilhaftesten sey, eine aestimationem taxationis causa factam zu vermuthen. Der Frau kann solches vielmehr sehr nachtheilig seyn, weil sie alsdann selbst für die Gefahr des Heyrathsguts stehet. Eben deswegen sagen die Gesetze, dem Mann sey meist daran gelegen, res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat[65]). Der Unglücksfälle wegen ist es also für die Erhaltung des Heyrathsguts weit vortheilhafter, wenn angenommen wird, daß die Schätzung desselben venditionis causa geschehen sey. Es ist daher dieser Grund mehr für als wider unsere Meinung.

§. 15.

Man sagt ferner, es sey etwas gewöhnliches, und dem Wesen des Brautschatzes gemäß, nur taxationis gratia dessen Werth zu bestimmen, damit nämlich der Mann wisse, was ihm die Frau zubringt. Geschiehet es aber venditionis gratia, so müsse man einen besondern Vertrag, und, wie es in der *L.* 10. *Cod. de iure dot.* heiße, ein pactum doti insertum voraussetzen[66]). Allein wir haben bereits oben (§. 12.) gezeigt, daß es die Gesetze der Natur der Bestellung eines Brautschatzes für gemäßer halten, wenn angenommen wird, daß die Schätzung um der Veräußerung willen vorgenommen worden sey. Daher wird in den Gesetzen die

65) L. 10. princ. D. de iure dot.

66) S. Struben in den rechtl. Bedenken 2. Th. S. 317.

die Aestimation des Heyrathsguts für eine Art des Verkaufs angesehen [67]), und eine ausdrückliche Verabredung erfordert, wenn die geschätzte Mitgabe in Natur restituirt werden soll [68]). Vergeblich beruft sich Struben auf die angeführte *L. 10. Cod. de iure dot.* [69]) um das Gegentheil zu beweisen. Denn dieses Gesetz enthält ein Rescript auf einen vorgetragenen Rechtsfall, in welchem der Quärent zwar einräumte, daß er das Heyrathsgut seiner Frau nach einer gewissen Taxe übernommen, aber dennoch bey der Bestellung des Heyrathsguts durch ein beygefügtes pactum etwas besonders verabredet haben mochte [70]), weshalb Zweifel entstand, ob desfalls die actio emti statt finde. Das Gesetz

67) L. 10. §. 5. D. de iure dot.

68) L 5. Cod. eodem.

69) Die Worte sind: Cum dotem de aestimatam accepisse profitearis: apparet, iure communi per pactum, quod doti insertum est, formato contractu, ex emto actionem esse. Quis enim dubitet aestimationem a te mulieri deberi, cum periculo tuo res deteriores fiant vel augmenta lucro tuo recipiantur.

70) Es konnten nämlich bey der aestimatione dotis mancherley Verabredungen getroffen werden, z. E. wegen der Gewährsleistung, oder wegen der Bezahlung der Zinsen, wenn ein Pfandrecht auf dem Dotalgute haftete. Ein solcher Fall kommt in der L. 11. Cod. de pact. vor. Es war verabredet worden, daß die Frau von dem auf dem Dotalgute haftenden Capital den Glaubigern die Zinsen bezahlen sollte. Auch in diesem Falle soll gegen die Frau actione emti auf Erfüllung dieses Vertrags geklagt werden können. S. Franc. HOTOMANNI Commentar. in Titt. Cod. de pactis et transactionibus ad L. 11. cit.

setz entscheidet für den Ehemann, weil durch das der dotis dationi beygefügte pactum der in Ansehung der Aestimation eingegangene Contract modificirt, und demselben eine gewisse Bestimmung gegeben werde [71]), weshalb die actio emti angestellet werden kann. Denn daß der Ehemann in dem vorgetragenen Falle nur für den Werth des Heyrathsguts hafte, sey darum nicht zu bezweifeln, weil er ja Gewinn und Verlust übernommen. Hieraus läßt sich nun aber um so weniger folgern, daß die Schätzung eines Heyrathsgutes nur dann die Absicht einer käuflichen Ueberlassung involvire, wenn solches in den Ehepacten ausdrücklich verabredet worden, je weniger uns die wahren Umstände des Rechtsfalls bekannt sind, auf welche sich die Entscheidung dieses Gesetzes beziehet [72]).

§. 16.

71) Der Ausdruck formare contractum, den unsere L. 10. braucht, ist besonders den pactis adiectis eigen, und heißt soviel als formam et legem dare contractui. Man vergleiche CUJACIUS Observation. Lib. II. cap. 15. Ios. Fernandez de RETES Opusculor. Lib. II Sect. IV. cap. 3. (in Thes. Meermann. Tom. VI. pag. 161. und (Fabers) Sammlung der römischen Gesetze auf Befehl Kr. Justinians verfertigt. (Frankf. und Leipzig 1785. 8.) S. 22. ff.

72) Man erinnere sich hier an die sehr richtige Bemerkung in Ch. Henr. ECKHARDI Hermenevtica iuris Lib I. Cap V. §. 221. Quum rescripta data sint in causis singularibus, quarum circumstantiae nobis plurimum sunt incognitae: sequitur, ut ea non admittant interpretationis laxitatem. Unde in illis

§. 16.

Zum Beschluß bemerke ich nur noch, daß die Constitution einer solchen Brautgabe, welche mittelst einer um der Veräußerung willen unternommenen Schätzung geschiehet, die Beobachtung aller derjenigen Feyerlichkeiten erfodert, die ein Kaufvertrag über dergleichen Güter, worin das Heyrathsgut bestehet, verlangt. Müssen daher nach den Landesgesetzen bey käuflicher Ueberlassung solcher Sachen, welche zum Brautschatz worden, von dem Käufer unter den Namen von Kaufschoß, Lehnwaare u. s. w. Abgaben entrichtet werden, so tritt die Verbindlichkeit dazu auch hier ein 73); und es ist von selbst klar, daß wenn der Ehemann des Eigenthums einer solchen Sache nicht fähig ist, die sonst für eine des Verkaufswegen geschehene Schätzung streitende Vermuthung nicht statt finden könne.

73) S. Ant. FABER de Erroribus pragmaticorum et interpret. iuris P. IV. Decad. XCIX. Err. 2. und Joh. Christ. Woltärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit. (Halle 1785. 8.) 1. Absch. §. 82. S. 65. f.

XXXII.

Das zu unerlaubten und abergläubischen Handlungen hergegebene Geld kann nicht zurückgefordert werden, sondern ist dem Fiscus verfallen, wenn der Betrüger solches zu erstatten im Stande ist.

§. 1.

Ein Betrüger, der Nagelschmidt Michael Fritz, trieb in einer Gegend von Franken sein Wesen, mit einem sogenannten Erdmännlein, oder Erdgeist, Geldmännchen, welches das ihm dargebrachte Geld vielfältig wieder erstatten und also die Leute reich machen sollte. Er hatte einen Gehülfen, Daniel Bauer, der ihm Leute zuführte, welche in Hoffnung des Gewinns 7. 8. 10. 12. 16. Carolins hergaben. Sie erhielten dagegen eine versiegelte Schachtel, mit der Versicherung, daß nach Verfluß einer gewissen Zeit ein jeder in seinen Behältnissen den versprochenen Gewinn finden würde. Dabey wurden aberglaubische Händel mit Eingrabung des Geldes und anderer Sachen, unter das Hochgericht zu Dörzbach, getrieben, und der Bauer gab zum Schein auch ein paar Carolins her. Endlich wurde die Sache entdeckt und die Betrüger sowohl, als diejenigen, welche ihr Geld hergegeben hatten, bekamen verhältnißmäßige Strafe. Weil der Bauer das abgenom-

nommene Geld wenigstens zum Theil zu erstatten vermögend war, so verlangten die Betrogenen solches zurück. Es wurde dahero bey Ueberschickung der Acten, im Jahr 1773. unter andern der Facultät die Frage mit vorgelegt; ob Bauer denen in Schaden gekommenen Leuten, welche zu den verbotenen Händeln Geld hergegeben, den Ersatz zu leisten schuldig, oder ob solches Geld nicht vielmehr dem Fiscus heimfällig sey?

§. 2.

Nun ist es zwar an sich keinem Zweifel unterworfen, daß ein Falsarius dem Betrogenen zur Schadensersetzung verbunden sey [1]). Selbst bey der Bestrafung dieses Verbrechens kommt es vorzüglich auf den dadurch verursachten Schaden und die Möglichkeit des Ersatzes an [2]). Denen Betrogenen schien ihre Leichtgläubigkeit und Einfalt nicht nur bey der Bestrafung, sondern auch bey dem Entschädigungsgesuch zu statten zu kommen. Daneben war zwar der Antheil, welchen der Bauer an dem abgenommenen Geld erhalten, durch ein Verbrechen erworben. Aber nicht alles, was auf diese Art erlangt wird, ist deswegen sogleich der Confiscation unterworfen [3]). Man konnte über-

1) Schilters praxis iuris romani in foris Germaniae, Exerc. 49. §. 51.

2) Carpzovs Decis. P. I. Dec. 91. num. 23. v. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. 9. Spec. 617. med. 2.

3) Mollenbeck thesaurus iuris civilis pag. 516.

dieß das Vorhaben der Herrschaft die Gelder zu confisciren, um so mehr für unbillig ansehen, als diese Leute, wegen ihres Antheils an der Sache, ohnehin schon gestraft worden sind und es zu hart seyn würde, sie noch überdieß mit dem Verlust ihres Geldes zu strafen.

§. 3.

Allein die Einfalt der Betrogenen war nicht so groß, daß sie nicht sehr wohl gewußt hätten, daß die Handlung, wozu sie ihr Geld hergaben, eine abergläubische und unerlaubte gewesen. Wer sein Geld wissentlich zu strafbaren Handlungen hergiebt und solches dadurch verliert, kommt durch seine eigene Schuld in Schaden und ein solcher wird bekannten Rechten nach, eben so angesehen, als wenn er gar keinen Schaden erlitten hätte 4). Wenn ferner die Rechte dem, der durch eines andern Verbrechen beschädiget worden, die Entschädigung zuerkennen, so setzen sie voraus, daß er nicht selbst an dem Verbrechen Antheil gehabt habe. Hiernächst ist die Klage, die hier eintreten konnte, die condictio ob turpem caussam. Diese findet aber nur gegen denjenigen statt, auf dessen Seite allein ein schändlicher Endzweck vorhanden war 5). Sie fällt hingegen hinweg, wenn der Kläger sich in dem gleichen Fall des unlöb-

4) L. 203. ff. de reg. iur.

5) L. 1. §. 2. L. 4. §. 2. ff. de condict. ob turpem vel iniustam caussam.

unlöblichen Endzwecks befindet 6). Zwar darf der Beklagte das Empfangene nicht behalten, weil niemanden erlaubt ist, sich durch Verbrechen zu bereichern. Aber er kann sich doch gegen den Kläger, der sich mit ihm in gleichen Fall befindet, mit der Einrede des nämlichen schändlichen Endzwecks schützen 7).

§. 4.

Hat nun also in dem Fall, wo der Endzweck des Gebenden und Nehmenden gleich unerlaubt ist, der erste kein Recht zu klagen und der andere keine Befugniß das empfangene zu behalten, so ist das Geld ohne Zweifel dem Fiscus verfallen 8). Auf einen solchen Empfänger ist der Schluß von einem indigno anwendbar, dem der Fiscus den schändlichen Gewinn entzieht 9). Daneben sind Gelder, welche zu Begehung eines Verbrechens hergegeben und angenommen worden sind, als solche anzusehen, welche die Gesetze bona scelere acquisita nennen und dem Fiscus heimgefallen erklä-

 ren.

6) L. 3. L. 4. §. 1. L. 8. eod. L. 2. Cod. eod. L. 9. ff. de doli mali et met. except.

7) Voet in Comment. ad Pand. Lib. 12. tit. 5. §. 3. Oldendorps progymnasm. action. forens. pag. 997.

8) Bachovs tract. de actionibus Disp. 4. §. 18. Hahns Observ. ad Wesenb. Lib. 12. tit. 6. Not. 4. Hellfeld Iurispr. for. T. I. §. 825. not. p.

9) L. 5. ff. de calumniat. L. 32. §. 28. ff. de donat. inter virum et uxorem.

ren [10]. Freylich sind die durch ein Verbrechen erworbene Güter der Confiscation nicht unterworfen, wenn ein dritter Unschuldiger darunter leiden würde. Aber in dem gegenwärtigen Fall ist nicht von unschuldig in Schaden gekommenen, sondern von solchen Leuten die Frage, welche an den Verbrechen Theil genommen und sich selbst ihres Klagerechts verlustig gemacht haben. Hierzu kommt die Analogie von Schatzgräbern, die unerlaubte und abergläubische Mittel gebraucht haben, und deren Gewinn gleichfalls der Confiscation unterworfen ist [11]. Uebrigens hindert nichts, daß die Beschädigten wegen ihrer Theilnahme an dem Vergehen ihre verdiente Strafe erhalten haben. Denn der Verlust ihres Geldes ist keine neue Strafe, sondern eine rechtliche Folge der turpis caussae, aus welcher ihre Klage entspringt [12].

10) L. 9. ff. de iure fisci.

11) Cocceji ius civile controv. Tom. II. p. 423. Höpfners Commentar über die Instit. §. 305.

12) v. Leyser l. c. Vol. 3. Spec. 147. med. 5. 6.

XXXIII.

XXXIII.

Von der Verbindlichkeit des Unternehmers eines Bergbaues, dem Eigenthümer der Grundstücke den verursachten Schaden zu ersetzen, besonders nach Brandenburg-Culmbachischen Berggesetzen.

§. 1.

Im Jahr 1788. beschwehrten sich die Eigenthümer des in der Amtshauptmannschaft Culmbach liegenden Birkenhofs, daß ihnen durch einen im Jahr 1786. angefangenen, ihren Oberflächen zu nahe geführten Bergbau, sehr grosser Schade zugefügt worden sey. Es wurde ihnen nämlich, außer einem paar unbrauchbar gemachten Milchgruben, das Quellwasser von vier Teichen, welche zur Wässerung ihrer dürren Wiesen bestimmt waren, abgegraben, wodurch sie einen beträchtlichen Verlust an Heu erleiden mußten. Hauptsächlich aber wurde ihnen das Wasser zu ihren beyden Ziehbrunnen ab- und in die Stollen getrieben. Sie mußten dahero das zu ihren Bedürfnissen und der Viehtränke erforderliche Wasser aus einem im Hochstift Bamberg liegenden, über eine Viertelstunde entfernten Platz herbeyschaffen. Ueberdieß waren sie der Gefahr ausgesetzt, bey einer sich ereignenden Feuersbrunst, aus Mangel des Wassers, ihre Gebäude und Habseligkeiten den Flammen zu überlassen. Sie hatten zum vorläufigen Beweis ihrer Beschwerden, bereits ein auf

wiederholte legale Beaugenscheinigungen gegründetes Gutachten eines angesehenen Bergverständigen für sich, woraus sich ergab, daß ihnen durch den ungeschickt geführten Bergbau und besonders den obern Suchstollen die Gewässer abgetrieben worden sind. Weil die dringende Nothwendigkeit erforderte, denen Beschädigten das unentbehrliche Wasser baldmöglichst zu verschaffen, so wurden die Kosten hierzu aus Cammermitteln vorgeschossen. Nachdem aber der Wiederersatz zur Sprache kam, so sollte nunmehro die Entschädigungsklage von den Damnificirten erhoben werden.

§. 2.

Der Eigenthümer des Bergwerks erklärte schon vor der Hand, daß er nach Maasgabe der Markgräflichen Bergordnung gar nicht Ursach habe, sich auf eine allenfallsige Klage einzulassen. Auch von verschiedenen andern Seiten fand man die Anstellung der Klage bedenklich. Es wurde dahero auf höhere Veranlassung im Jahr 1791 ein Gutachten über mehrere, besonders aber die Hauptfrage verlangt: ob in dem gegenwärtigen Fall nach den Bergrechten überhaupt und den Brandenburg-Culmbachischen insonderheit, eine Entschädigungsklage statt finde? Nach bekannten Grundsätzen des Bergrechts, ist das Schürffen einem jeden, und an allen Orten, die nicht besonders ausgenommen sind, erlaubt. Kein Eigenthümer darf dem Schürfer verwehren, auf seinen Grund und Boden ein-

einzuschlagen [1]. Der Grund hievon liegt in dem Vortheil des Staats, wenn unterirdische Schätze entdeckt werden [2]. Kommt der Eigenthümer eines Grundstückes hierüber in Schaden, so sind die ältern Lehrer des Bergrechts verschiedener Meinung. Einige suchen sich mit Distinctionen zu helfen; andere glauben, daß dem Grundherrn bey Schürffen, Schachten ꝛc. außer der Erdkux nichts zu geben sey [3]. Nach der Bayreuthischen Bergordnung vom 1. Jul. 1769. §. 1. ist jedermann erlaubt, nach Gäng und Klüften ꝛc. zu schürffen und zu suchen und so, wie es die Gelegenheit erfordert, bergmännisch zu bauen. Vermöge des §. 2. soll ferner bey 20 M. Silber Strafe, auch nach Befinden anderer nachdrücklicher Ahndung [4], sich niemand unterstehen, solches zu verwehren, zu hindern, oder Einhalt zu thun, noch Caution vom Schürffer zu fordern. Eben daraus, weil das Schürffen unumschränkt erlaubt ist, wollte man nun folgern, daß die Bergbauende sich blos ihrer Rechte bedienen, dahero zum

1) Lobethans Einleitung zum Bergwerksrecht §. 22. Hrn. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen d. Privatrechts §. 166.

2) Eisenharts Grundsätze der d. Rechte in Sprüchwörtern S. 202.

3) Beyers Bergstaatsrechtslehre mit Berichtigungen, Erläuterungen und Zusätzen von F. L. v. Cancrin Kap. 8. §. 11.

4) Diese Strafe ist auch in dem Königl. Bergpatent vom 8. Dec. 1793. §. 3. bestimmt.

Ersatz des Schadens, den ein Dritter dadurch leiden möchte, nicht gehalten seyn. Selbst das römische Recht [5]) scheint diese Meinung zu unterstützen. Da ferner nicht einmal von den Bergbauenden eine Caution, welches keine andere, als die de damno infecto seyn kann, verlangt werden darf, wie sollte eine Klage auf den wirklichen Schadensersatz statt finden? Der §. 2. der Bergordnung will nur den aus Muthwillen, Neid und Feindschaft verursachten Schaden geahndet wissen. Wenn man nun auch zugiebt, daß ein auf solche Art zugefügter Schade, außer der Ahndung, ersetzt werden soll; so scheint dieses doch immer nur, als Ausnahme von der Regel zu gelten, die Regel aber diese zu seyn, daß kein Schade ersetzt werde.

§. 3.

Allein das Sprüchwort: Es hat jedermann ein freyes Schürffen, hat nur diesen Sinn, daß der Grundherr dem Schürfer nicht verwehren darf, auf seinen Grund und Boden zu schürfen, woraus keineswegs folget, daß er gehalten sey, Beschädigungen an seinen Eigenthum zu leiden, ohne auch nur einmal Vergütung fordern zu dürfen. Es ist ein bekannter Grundsatz des Staatsrechts, daß selbst der Regent niemand sein wohlerworbenes Recht und Eigenthum, außer in dem Fall nehmen darf, wo die Erhaltung des Ganzen

5) L. 24. §. 12. L. 26. ff. de damno infecto.

Ganzen mit dem Recht einzelner Bürger in Collision geräth. Aber auch in diesem ganz außerordentlichen Fall muß derjenige entschädigt werden, der um des gemeinen Besten willen, gelitten hat [6]. Der aus dem Bergbau für den Staat zu erwartende Vortheil hebt die Pflicht, die Unterthanen bey ihrem Eigenthum zu schützen, nicht auf, indem die beyden Grundsätze für den Nutzen des gemeinen Wesens zu sorgen und jede Privatperson bey ihrem Eigenthum zu schützen, sehr wohl neben einander bestehen können [7]. Es darf demnach keine Bergordnung dahin ausgelegt werden, daß der Regent dem Schürffer die Befugniß habe ertheilen wollen, seinen Mitbürgern, ohne Verbindlichkeit zur Schadensersetzung, ihr Eigenthum zu entziehen, oder zu zerstören, und also Rechte, die ihm selbst nicht zustehen, auszuüben. Die Meinungen der ältern Rechtslehrer kommen in unsern Zeiten nicht mehr in Betrachtung und man ist schon längst von der Wahrheit überzeugt, daß dem Grundeigenthümer der durch den Bergbau zugefügte Schaden, eben so gutgethan werden müsse, als wenn er ihn auf andere Art verursacht worden wäre [8]. Die Erbkuxe, von welcher übrigens

6) Hrn. Geh. Justizr. Pütters institutiones iuris publ. germ. §. 119.

7) Hrn. Kammergerichtsbeys. v. Neurath diss. de cognitione et potestate iudicaria in caussis, quae politiae nomine veniunt §. 12.

8) Happels diss. de fodinis ac earum iure membr. 3. §. 9. Sam. Stryk de iure principis subterraneo Cap.

gens in dem gegenwärtigen Fall gar keine Frage war, ersetzet nicht immer den wahren Betrag des Schadens. Die Regel des Bergrechts ist vielmehr, daß dem Grundherrn das verdorbene Grundstück, wenn kein Vergleich mit ihm getroffen werden kann, nach vorhergegangener gerichtlichen Schätzung vergütet werde und die Ausnahm, wenn er nicht durch eine ihm frey zu bauende Erbkure entschädiget wird 9). Nach dem Zeugniß des Hrn. von Cancrin 10) erstreckt sich die Erbkure ohnehin auf keine Stollen, sondern es wird davon ein Abtrag gegeben und sie wird überhaupt von den wenigsten teutschen Bergwerken gebauet, sondern dem Grundherrn Entschädigung geleistet.

§. 4.

Hiernächst ist in den Markgräflichen Berggesetzen keineswegs enthalten, daß beym Bergbau der Beschädiger dem Beschädigten den Schaden nicht zu ersetzen brauche. In dem Eingang der Erläuterung des 3. und 4. §. der ersten Resolution in Bergsachen vom 21. May 1773 ist vielmehr deutlich verordnet, daß weder die Bergrechte, noch die Bergamtliche Befugnisse zu jemands

Cap. I. num. 59. Barthel de iure fodiendi metalla §. 2. num. 10. in Opusc. Tom. I. pag. 539. Moser von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers 11. Kap. §. 18 v. Cancrin in den Zusätzen zu Beyers Bergstaatsrechtslehre S. 149. not. n.

9) Grundsätze der teutschen Berg- und Salzrechts §. 73.

10) ebend. §. 99. 488.

mands Nachtheil über selbige extendirt werden sollen. Daneben sind die Bergbeamte angewiesen, mit den Civil- und Forstbeamten, bey Aufnehmung und Betreibung solcher Werke, auch die Conservation der Feldgüter und Forsten, es seyen die gehörig, wem sie wollen, vor Augen zu haben. Nun hat man zwar diese Stelle nur von solchen Werken verstehen wollen, die nicht zum Bergwerk und dessen Recht zu ziehen sind. Aber diese Erklärung ist dem Sinn des Gesetzes gar nicht gemäß. Denn soll einmal auf die Conservation der Feldgüter der Unterthanen gesehen werden, so muß solches bey Werken, die zum eigentlichen Bergwerk gehören, eben so gut als bey andern geschehen. Eben so wenig folgt daraus, daß von den Schürffern keine Caution gefordert werden soll, daß keine Entschädigung von ihnen verlangt werden könne. Denn es ist leicht zu erachten, daß die Cautionsforderung blos darum untersagt worden, damit die Bergbauende dadurch nicht von dem Bergbau abgeschreckt werden möchten. Im übrigen braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß die Stelle von den Schürffern, welche aus Muthwillen, Neid oder Feindschaft Schaden auf den Gütern thun werden, nicht den Sinn habe, daß nur diese allein außer der Strafe zur Schadensersetzung gehalten, andere aber, die nicht auf diese Art Schaden verursacht haben, von der Vergütung befreyt seyn sollten.

§. 5.

Die angezogenen Stellen aus dem römischen Gesetzbuche stehen ebenfalls nicht im Wege. Sie setzen einen Eigenthümer voraus, der auf seinem unbestrittenen Eigenthum baut, oder gräbt und eben um deswillen,

willen, weil er sich seines Rechts bedient, den dadurch beschädigten Dritten, den Schaden nicht zu ersetzen braucht. Dahingegen ist hier von einem solchen die Rede, der nicht auf seinem Eigenthum gebaut, sondern auf einem fremden Grundstück Schaden angerichtet hat, wozu er nicht berechtiget ist. Vielmehr begründen die Schlußworte der L. 24. §. ult. ff. de damno infecto

Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur,

die Regel, daß sogar der Eigenthümer, wenn er auf seinem eigenem Grundstück ungewöhnlich tief gräbt, eine culpam begeht und also den Schaden ersetzen muß [11]. In dem gegenwärtigen Fall wurde der Suchstollen so tief getrieben, daß den Birkenhofsbesitzern die Brunnen- und Quellwasser abgetrieben worden sind. Niemand wird zweifeln, daß hiebey ein sehr beträchtliches Versehen begangen worden. Die Bergordnung verlangt ausdrücklich, daß bergmännisch gebaut werden soll. Nun ist eine in dem Bergrecht ausgemachte Wahrheit, daß der Schürffer besäete Aecker und Gebäude, mithin auch die zu den letztern gehörige Ziehbrunnen schonen soll [12]. Gleichwohl wurde der Suchstollen wirklich gegen die Gebäude geführt, und eben so, wie besäete Aecker, müssen auch nach der Analogie Wiesen, Weyher und das darzu unentbehrliche Quellwasser geschont werden.

11) Brunnemanns Comment. in Pand. P. 2. pag. 413.

12) Lobethan am a. O. Heumanns initia juris politiae Germanorum §. 250.

Bayerische Staatsbibliothek München

Fuch

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Geiger, Johann Burkhard, 1743-1809

Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit mit beygefügten Urtheilen und Gutachten der Erlangischen Juristenfacultät
Bd.: 2

Erlangen (1794)

Decis. 43-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396898-5
VD18 90122348